

# **Mangelsansvaret ved salg av selskap gjennom aksjeavhendelse**

-

særlig om selgers opplysningsplikt og kjøpers  
undersøkelsesplikt

Kandidatnummer: 355

Veileder: Margrethe Buskerud Christoffersen

Leveringsfrist: 27.11.06

Til sammen 17993 ord

28.11.2006

# Innholdsfortegnelse

<b><u>OPPGAVENS DEL 1: INNLEDNING</u></b>	<b><u>5</u></b>
<b><u>1 TEMAET</u></b>	<b><u>5</u></b>
1.1 Generelt om temaet	5
1.2 Definisjoner og avgrensninger	6
1.3 Presisering av problemstillingen	7
1.4 Metodiske spørsmål	8
1.5 Rettskildebildet	9
<b><u>2 KJØPSLOVENS ANVENDELSE PÅ AKSJEKJØP</u></b>	<b><u>11</u></b>
2.1 Kjøpslovens virkeområde	11
2.2 Innholdet i en mangelsbedømmelse ved aksjesalg	12
2.3 Presentasjon av Rt.2002-1110 Bodumdommen	12
2.4 Kjøpslovens anvendelse på virksomheter med innhold av forskjellig art og verdi	13
2.5 Hvilke regler i kjøpsloven er anvendelige ved virksomhetskjøp?	14
2.6 Kjøpslovens anvendelse hvor eneste aktiva ikke reguleres av kjl.	17
2.7 Kjøpslovens anvendelse på mangler ved enkeltaktiva	19
2.8 Spesielle omstendigheter ved kjøp av virksomhet gjennom aksjekjøp	20
<b><u>OPPGAVENS DEL TO: MANGELSANSVARET</u></b>	<b><u>23</u></b>

<b><u>3</u></b>	<b><u>SELGERS OPPLYSNINGSPLIKT</u></b>	<b><u>23</u></b>
3.1	Om det rettslige grunnlaget	23
3.2	Nærmere om tolkningen av selgers opplysningsplikt	23
3.2.1	Skyldkravet for selger for rettstridig fortielse	24
3.3	Nærmere om opplysningsplikten - momentliste	26
3.4	Kravet til "gi opplysning" ved virksomhetskjøp	30
3.5	Oppsummering	31
<b><u>4</u></b>	<b><u>SELGERS OPPLYSNINGSRISIKO</u></b>	<b><u>33</u></b>
4.1	Selgers opplysningsrisiko ved selskapssalg	34
4.2	Kjøpers undersøkelser går foran selgers opplysningsrisiko?	36
<b><u>5</u></b>	<b><u>KJØPERS FAKTISKE UNDERSØKELSER VED VIRKSOMHETSOVERDRAGELSER – DUE DILIGENCE</u></b>	<b><u>37</u></b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>KJØPERS UNDERSØKELSESPLIKT ETTER KJL § 20</u></b>	<b><u>39</u></b>
6.1	Innledning	39
6.2	Kjøpers aktsomhetskrav etter § 20 første og annet ledd	39
6.3	Rimelig grunn til å ikke foreta undersøkelse	40
6.4	Selger handlet grovt uaktsomt ved misligholdt opplysningsplikt?	41
<b><u>7</u></b>	<b><u>KJØPERS UNDERSØKELSESPLIKT VED VIRKSOMHETSKJØP</u></b>	<b><u>43</u></b>
7.1	Momentliste ved vurdering av kjøpers aktsomhet	45
7.1.1	Informasjon offentlig tilgjengelig?	45
7.1.2	Vurderingsgrunnlagets tilgjengelighet generelt	46

7.1.3	Partenes profesjonalitet	47
7.1.4	Partenes tidsfrister	49
7.1.5	Innholdet i selgers oppfordring til kjøper	49
7.1.6	Relasjonen mellom partene	50
7.1.7	Selgers og kjøpers posisjon	50
7.1.8	Kjøpers motiv for kjøpet	50
7.1.9	Rimelighetsvurdering?	51
<b>7.2</b>	<b>Når utløses kjøpers undersøkelsesplikt etter § 20 annet ledd?</b>	<b>51</b>
7.2.1	Er kjøpers undersøkelsesplikt etter § 20 annet, jf første ledd forutsatt ved selskapskjøp?	52
<b>7.3</b>	<b>Innholdet i den faktiske undersøkelsesplikten etter kjl § 20 første og annet ledd - selskapsgjennomgang?</b>	<b>55</b>
7.3.1	Virkning av at det gjennomføres eller forbeholdes rett til due diligence	55
<b>7.4</b>	<b>Kjøpers manglende undersøkelse av forhold som han innså eller burde innsett utgjorde en risiko</b>	<b>58</b>
<b>7.5</b>	<b>Avsluttende bemerkninger om § 20</b>	<b>59</b>
<b><u>8</u></b>	<b><u>KJØPERS UNDERSØKELSESPLIKT OG SELGERS OPPLYSNINGSPLIKT VED VIRKSOMHETSOVERDRAGELSER SAMMENHOLDT</u></b>	<b><u>60</u></b>
<b>8.1</b>	<b>Utgangspunkt for forholdet mellom partenes plikter</b>	<b>60</b>
<b>8.2</b>	<b>Praktiske eksempler på mangler ved et selskap og partenes ansvar for dem</b>	<b>61</b>
8.2.1	Fysiske mangler ved enkeltobjekter i virksomheten	61
8.2.2	Manglende ved foretakets formelle forhold	62
8.2.3	Sviktende økonomi i den underliggende virksomheten	63
8.2.4	Manglende inntjening og omsetning	64
<b><u>9</u></b>	<b><u>OPPSUMMERING - SÆREGNE POENG FOR VIRKSOMHETSKJØP</u></b>	<b><u>66</u></b>
<b><u>10</u></b>	<b><u>KILDER</u></b>	<b><u>69</u></b>

## **1 Temaet**

### **1.1 Generelt om temaet**

Avhandlingen tar for seg problemstillingene som oppstår når det avhendes en aksjepost i et aksjeselskap, og hvor kjøper retter et mangelskrav mot selger på grunn av at selskapets egenskaper ikke svarer kjøperens forventninger. Det oppstår da spørsmål knyttet til kjøpers anledning til å trekke inn selskapets egenskaper i en slik mangelsvurdering, hvilke egenskaper som kan gi grunnlag for mangelsbeføyelser og hvilken risiko kontraktspartene har i kontraktsforholdet. Partenes opptreden før avtaleinngåelsen, herunder selgers opplysninger og kjøpers undersøkelser, er av stor betydning for spørsmålet om et senere avvik fra kjøpers forventninger er en mangel. Drøftelsene vil derfor i stor grad fokusere på selgers og kjøpers gjensidige forpliktelser i kontraktsforholdet.

Temaet er omfattende med en mengde underproblemstillinger. Det er også en praktisk problemstilling, da slike aksjekjøp skjer daglig. På tross av dette eksisterer det lite norsk rettspraksis og litteratur. At det er få tilgjengelige avgjørelser, kan forklares med at eventuelle tvister som oppstår ofte vil være mellom næringsdrivende, som først og fremst søker å forhandle frem en løsning. Hvor dette viser seg vanskelig, vil ofte voldgift uten offentliggjøring ofte være vel så praktisk som normal rettergang. Av teoretiske arbeider er temaet i større grad behandlet i svensk og dansk litteratur.<sup>1</sup>

Dette vil først og fremst bli en fremstilling av bakgrunnsretten, spesielt den deklatoriske kjøpsloven. På grunn av partenes ønske om forhåndsavklaring vil kjøpsloven ofte kunne bli

---

<sup>1</sup> Om anvendelsen av slik litteratur i denne oppgaven, se punkt 1.5.

fraveket, og partene vil heller ønske å regulere rettigheter og plikter i utførlige avtaleverk. Allikevel er det et faktum at mange konflikter oppstår. Det er helt umulig for kontraktspartene å regulere alle aspekter som kan oppstå, og det vil derfor alltid være rom og nytte for bakgrunnsretten.

## 1.2 Definisjoner og avgrensninger

### *Aksjesalg*

Det som skal behandles, er foretak som overføres ved kjøp av aksjer.<sup>2</sup> Det avgrenses dermed mot overføring av selskap ved innmatsalg.

Salg av selskap gjennom aksjeavhendelse vil som oftest innebære et kjøp av 100 % av aksjene i selskapet. Problemstillingene som behandles vil imidlertid være relevante selv om et aksjesalg ikke medfører overføring av 100 %, uten at det skal forsøkes å trekke en grense for hvor stor aksjeposten må være.

Det legges til grunn et selskapsbegrep uten å forsøke å klarlegge dette presist. Det sentrale er at det er et aksjeselskap som ikke er tomt. Dette innebærer at drøftelsene vil omfatte alt fra selskap med kun enkelteiendeler som aktiva, til større selskaper med en økonomisk virksomhet. Terminologien vil derfor kunne variere, slik at ”selskaps-”, ”foretaks-” ”virksomhets-” og ”aksjekjøp” vil omtales om hverandre

### *Kjøp*

Temaet er selskapsoverføringer som skjer ved kjøp, slik at aksjer frivillig overføres mot et vederlag. Det avgrenses dermed mot andre typer overganger, for eksempel gave, arv, fusjon eller lignende. I tillegg til ”kjøp”, vil også ”overdragelse” og andre termer kunne bli benyttet, uten at dette sikter til en realitetsendring, se Høyesteretts terminologi i Bodumdommen Rt.2001-1110 hvor ordet ”virksomhetsoverdragelse” benyttes konsekvent.

### *Børshandel*

---

<sup>2</sup> Jf. Lov om aksjeselskaper 13.06. Nr. 44 1997, heretter asl

Avhandlingen vil imidlertid ikke ta for seg alle typer aksjesalg. For eksempel utelates all aksjehandel over børs.<sup>3</sup> Børshandel skjer på en regulert markedsplass for aksjer med god informasjonstilgang og eget regelverk for å håndheve handelen, hvor transaksjonene stort sett er standardiserte.<sup>4</sup> På grunn av regler om meldeplikter, flagging, børsmeldinger etc. vil det sjelden reise seg problemstillinger omkring mangler ved kjøpsobjektet, og slike handler er relativt standardiserte. Aksjer i børsnoteerte selskaper som bytter hender utenom børsen vil imidlertid kunne omfattes av fremstillingen, se under.

Ved at det avgrenses mot børshandel skal oppgaven kun behandle fremforhandlede kjøp, hvor mangelsspørsmålene i størst grad har en interessant vinkling.<sup>5</sup> Med fremforhandlede kjøp forstås i denne sammenhengen aksjekjøp hvor selger og kjøper til en viss grad har forhandlet om aksjenes underliggende egenskaper, det vil si at partene har drøftet selskapets egenskaper og ikke bare aksjenes. Det kreves ikke mer enn at partene, for å komme frem til rett pris på aksjene som skal overføres, har diskutert for eksempel selskapets økonomi, fremtidsutsikter etc.

### 1.3 Presisering av problemstillingen

Det som skal drøftes er de særskilte kontraktsrettslige problemstillingene for mangler som oppstår ved overdragelse av aksjer. Kjøpsloven er utformet for andre typer kjøpsobjekter, noe som kommenteres i Bodumdommen Rt.2001-1110 på side 1118:

*”Det forhold at bestemmelsene primært er utformet med sikte på vanlige løsørekjøp, innebærer likevel at loven anvendt på virksomhetsoverdragelse ved kjøp av aksjer reiser særlige problemstillinger.”*

---

<sup>3</sup> Se lov om børsvirksomhet m.m (børsloven) 17. nov. Nr. 80 2000

<sup>4</sup> Se om slike ”markedstransaksjoner” Sæbø side 8-9

<sup>5</sup> Avgrensningen er tidligere benyttet i teorien av Sacklén<sup>5</sup> og senere av Hagstrøm<sup>5</sup> og Buskerud Christoffersen<sup>5</sup>. Se også Sæbø side 9 om ”direktetransaksjoner”

Som tittelen på avhandlingen angir er det mangelsansvaret som skal analyseres. Det er særlig to problemstillinger med tilgrensende temaer som reiser seg:

- 1) Hvilke egenskaper ved en aksje er relevante i forhold til mangelsansvaret etter kjøpslovens regler?<sup>6</sup> Kan virksomhetens underliggende verdier trekkes inn i mangelsbedømmelsen, eller vil kun aksjens formelle egenskaper som verdipapir kunne vurderes?

Dette spørsmålet vil bare bli summarisk behandlet i denne avhandlingen, se kapittel 2 om kjøpslovens anvendelse. Oppgavens hovedfokus er problemstilling 2.

- 2) Når foreligger det en mangel ved et selskap som er overført mellom to parter? Når kontraktspartenes ansvarsområder skal fastlegges, hvilke særlige betraktninger gjelder for selskapsoverdragelser og aksjesalg? Vurderingen vil bli foretatt både hvor aksjer er solgt som større poster og som hele selskaper, ved overdragelse av 100 %.

#### 1.4 Metodiske spørsmål

Kjøpsretten særpreges ved at både den tidligere og den eksisterende kjøpsloven er utformet ved et fellesnordisk samarbeid. Landene har derfor tilnærmet like kjøpslover uten store materielle forskjeller, jf. forarbeidenes uttalelse: *"Departementet ser det videre som positivt at det i arbeidsgruppen ble oppnådd enighet om det reelle innhold i de fleste bestemmelser."*<sup>7</sup> Dette innebærer at det vil i stor grad bli henvist til rettskildefaktorer fra de ulike land på lik linje, både som rettskildefaktor og til eksempelbruk. Det kommer først og

---

<sup>6</sup> Lov om kjøp 13.05. Nr. 27. 1988, heretter kjl

<sup>7</sup> Se Ot.prp nr. 80 (1986-1987) side 21



fremst på spissen hvor norsk rett er uklar, og man må da kunne se hen til løsninger i svensk og dansk rett. I den grad norsk rett er entydig, vil det ikke være rom for eller nødvendig med anvendelse av svensk og dansk rett.<sup>8</sup>

## 1.5 Rettskildebildet

### *Kjøpsloven (lov av 13.05.1988 nr.27)*

Som skal drøftes nedenfor reguleres kjøp av aksjer, og dermed også kjøp av hele selskap, av kjøpsloven. Drøftelsen vil knyttes til kjøpsloven i det videre, allikevel slik at det vil pekes ut der avvikende avtalereguleringer er praktiske.

### *Avtaleloven (lov av 31.05.1918 nr. 4)*

Mangelsspørsmålet oppstår ofte på grunn av de opplysninger selger har eller burde ha gitt og de undersøkelser kjøper har eller burde ha foretatt. En del av disse kravene kunne reises som et spørsmål om ugyldighet etter avtaleloven, og da spesielt avtalelovens § 33.

Avtalelovens ugyldighetsregler og kjøpslovens mangelsregler har en sammenheng ved at de samme momentene ofte er relevante i begge vurderinger.<sup>9</sup> Spørsmål om ugyldighet vil bli holdt utenfor fremstillingen.

### *Rettspraksis*

Ved drøftelse av oppgavens tema er det sparsomt med nyere høyesterettspraksis. Det er imidlertid en del underrettspraksis som inneholder systematiske gjennomganger av emnet. Ved benyttelse av disse er man i liten grad bundet av avgjørelsens rettskildemessige vekt og større grad overlatt til å vurdere argumentets kvalitet.<sup>10</sup> Det vil allikevel bli benyttet en del underrettspraksis fremover, blant annet noen tingrettsavgjørelser. Bruken skjer dels på grunn av argumentets kvalitet, dels fordi flere tingrettsdommer som kommer frem til

---

<sup>8</sup> Se om denne problemstillingen Eckhoff/Helgesen side 286 flg.

<sup>9</sup> Se Hultmark side 91 og Hagstrøm, *Urimelige avtalevilkår* side 159.

<sup>10</sup> Eckhoff/Helgesen slår fast på side 162 at "vekten er langt fra Høyesteretts". I tillegg kommer at publiseringsutvalget er veldig tilfeldig.

samme resultat bør kunne tillegges en viss vekt. I tillegg har avgjørelsene illustrasjonsverdi, og peker på både mulige problemstillinger innenfor rettsområdet i tillegg til mulige løsninger på disse.

### *Avtalepraksis*

Avtaler om aksjeoverganger inngås i et stort antall hver eneste dag. De spenner fra store kompliserte virksomhetsoverdragelser med utførlige ledsagende avtaleverk til små enkelttransaksjoner hvor kun pris er det man enes om. Å finne noen faste klausuler som representerer avtalepraksis er dermed ikke mulig, selv om en fremstilling av avtalepraksis hadde vært interessant, både for å vurdere bruken av bakgrunnsretten og som rettskildefaktor. Avtalepraksis vil dermed kun omtales unntaksmessig, og da kun som eksempler på hvilke avvik fra bakgrunnsretten som kan være praktiske.

### *Teori*

Svensk og dansk teori har behandlet problemstillingene i denne oppgaven mer systematisk og helhetlig enn foreløpige norske teoretiske arbeider. All nordisk teori vil derfor i utgangspunktet bli tillagt samme vekt, med fokus på arbeidets kvalitet og faglig tyngde fremfor opprinnelsesland. Anvendelsen av slik teori er imidlertid, som omtalt over, avhengig av at rettstilstanden mellom landene samsvarer.

## 2 Kjøpslovens anvendelse på aksjekjøp

Problemstillingene som skal drøftes under er i hvilken grad mangelsbedømmelsen ved aksjesalg må skje etter kjl §§ 17-20, se punkt 2.1. Videre vil det i drøftes hvilke egenskaper ved en aksje det er anledning å inkludere i en slik mangelsvurdering, se punkt 2.2.

### 2.1 Kjøpslovens virkeområde

Kjøpslovens § 1 slår fast at loven gjelder generelt for kjøp, for så vidt ikke annet er fastsatt i lov. Det følger forutsetningsvis av både § 1 og § 5 tredje ledd (d) at overdragelse av verdipapir faller inn under lovens virkeområde. Dette er også uttalt eksplisitt i Ot.prp.nr.80 (1986-1987) side 48. Kjøpsloven får dermed anvendelse uavhengig om det er kjøp av en enkelt aksje eller 100 % av aksjene i en virksomhet. Mangelsbedømmelsen i kjøpsloven følger av §§ 17, 18, 19 og 20.

Selv om det er klart at salg av aksjer reguleres av kjøpsloven, reiser det seg en rekke problemstillinger ved anvendelse av loven på aksjekjøp. Dette ble uttrykket i Rt.2001-1110 Bodumdommen, hvor førstvoterende uttalte i forhold til virksomhetsoverdragelser at *”Blant annet vil vurderingen av spørsmålet om det foreligger en mangel regelmessig bli mer kompleks og sammensatt”*<sup>11</sup>. Mangelsreglene vil derfor kunne kreve en *”aktiv fortolkning for verdipapirhandelens del.”*<sup>12</sup> Forarbeidene gir ikke veiledning til problemstillingene som oppstår utover at det må *”tas hensyn til salgsobjektets spesielle karakter.”*<sup>13</sup> I tillegg til at mangelsbedømmelsen blir vanskeliggjort, reiser det seg også andre spørsmål, for eksempel om de tradisjonelle reklamasjonsfristene kan overføres til mer komplekse aksjetransaksjoner, spørsmål om når tingen er levert etter kjl § 13 (1). Slike problemstillinger vil det imidlertid ikke være rom for å drøfte.

---

<sup>11</sup> Side 1118

<sup>12</sup> Bergo side 243

<sup>13</sup> Ot.prp. nr.80 (1986-1987) side 58

## 2.2 Innholdet i en mangelsbedømmelse ved aksjesalg

Spørsmål kan reises om hvilke egenskaper ved en aksje som kan inkluderes i en mangelsbedømmelse som foretas etter kjøpsloven. Det må vurderes om man skal knytte mangelsbedømmelsen ved aksjesalg enten opp mot formelle egenskaper ved aksjen, eller opp mot aksjen som ett uttrykk for en andel i selskapets underliggende verdier. Forskjellen mellom alternativene er at ved en vurdering av formelle egenskaper ved en aksje vil ikke mangler ved de underliggende verdier gi grunnlag for senere mangelskrav mot selgeren av aksjen. Selgers ansvar for egenskaper ved aksjen er dermed sterkt innsnevret, og begrenser seg til for eksempel aksjens forvaltnings-, disposisjons- eller økonomiske rettigheter etter aksjeloven.<sup>14</sup> Hvis man etter en tolkning av aksjesalgsavtalen finner at virksomhetens underliggende verdier må trekkes inn i mangelsbedømmelsen, har man imidlertid utvidet vurderingen til å omfatte økonomiske egenskaper ved virksomheten. Problemstillingen var inntil ganske nylig uavklart, men for salg av 100 % av aksjene har Høyesterett sørget for avklaring gjennom Bodumdommen.

## 2.3 Presentasjon av Rt.2002-1110 Bodumdommen

Bodumdommen, Rt.2002-1110 har gitt avklaring på en rekke områder vedrørende virksomhetsoverdragelser. Sakens faktum har utgangspunkt i at den danske kjøkkenutstyrprodusenten Peter Bodum AS ønsket sterkere satsing i den norske markedet. Det ble opprettet en forhandleravtale med Eva Norge AS ved daglig leder. Forhandlerrettighetene ble senere utskilt til Kjøkkenpartneren AS med samme daglige leder også her. På grunn av gode resultater kjøpte Bodum senere alle aksjene i Kjøkkenpartneren AS. En ”begrenset gjennomgang” foretatt av et revisjonsfirma etter overgangen avdekket et underskudd på nesten 1,4 mill kr, et betydelig akkumulert underskudd i tillegg samt at aksjekapitalen var tapt. I tillegg hadde selskapet en utestående fordring på Eva Norge AS på ca 2,8 mill kr, et selskap hovedsaklig eiet og drevet av den daglige lederen. Dette mellomværendet viste seg å være en uregelmessig sammenblanding av økonomien til to

---

<sup>14</sup> Eksempler henholdsvis asl § 5-3 om stemmerett ved generalforsamling, § 4-15 om aksjers omsettelighet og § 8-3 om utbetaling av utbytte.

atskilte virksomheter, og det hadde svekket Kjøkkenpartnerens økonomiske stilling betydelig. Bodum krevde å heve aksjekjøpet og fikk medhold av en enstemmig Høyesterett. Avgjørelsen behandlet en rekke problemstillinger som skal drøftes utover i oppgaven.

## 2.4 Kjøpslovens anvendelse på virksomheter med innhold av forskjellig art og verdi

Selskapet som ble overdratt var en kjøkkenutstysforhandler. Høyesterett reflekterte ikke over anvendelsen opp mot selskapet og dets bestanddeler utover en konstatering av at det ble foretatt et samordnet aksjesalg, slik at mangelsvurderingen måtte knyttes til virksomheten.

*”saken gjelder kjøp av virksomhet organisert som aksjeselskap ved kjøpers overtakelse av samtlige aksjer i selskapet. Det ble foretatt et samordnet salg av aksjene. Dette innebærer at vurderingen av om det foreligger mangler må knyttes til virksomheten, og ikke til de ulike aksjeposter som overdras etter avtalene med de selgende aksjonærer.”<sup>15</sup>*

Dette sitatet gir etterlengtet avklaring til problemstillingen hvorvidt det er anledning til å knytte mangelsbedømmelsen opp mot virksomheten, til tross for at salgningen formelt består av aksjer. Dette innebærer at virksomheten må vurderes som en helhet, med anledning til å legge vekt på dens prestasjoner og samlede funksjonalitet. At virksomhetens enkeltobjekter ikke nødvendigvis vil falle inn under kjøpslovens bestemmelser er dermed uten betydning. Det mest praktiske eksempelet her er virksomhetens faste eiendommer. En mangelsbedømmelse vil dermed kunne legge til grunn virksomhetens samlede økonomiske virkemåte som målestokk.

Dommen er en konstatering av at kjøpsloven får anvendelse ved overdragelse av 100 % av aksjene i et selskap, men trekker ikke opp grensen nedover, dvs. når det ikke lenger kan legges til grunn at mangelsbedømmelsen kan skje etter de underliggende verdiene. Tidligere teori har tatt til orde for at grensen må trekkes opp ut i fra en rekke momenter,

---

<sup>15</sup> Side 1117.

bl.a. aksjepostens størrelse, hvilke egenskaper partene har forhandlet om, selskapets størrelse, partenes informasjon og lignende. Den nærmere grensegangen mellom når de underliggende verdiene kan trekkes inn og når man må holde seg til de formelle egenskapene ved verdipapiret, vil ikke bli foretatt i denne avhandlingen.<sup>16</sup>

Videre slo Høyesterett fast at virksomheten som det reelle avtaleobjektet legges til grunn ved anvendelse av kjøpslovens mangelsregler, vil ha betydning for hvordan vurderingen må foretas.

*”Det forhold at bestemmelsene er utformet med sikte på vanlig lølørekjøp, innebærer at loven anvendt på virksomhetsoverdragelse ved kjøp av aksjer reiser særlige problemstillinger. Blant annet vil vurderingen av spørsmålet om det foreligger mangel regelmessig bli mer kompleks og sammensatt.”*<sup>17</sup>

Sitatet peker på de særegenhetene ved virksomhetsoverdragelser og aksjesalg som oppgaven dreier seg om.<sup>18</sup>

## 2.5 Hvilke regler i kjøpsloven er anvendelige ved virksomhetskjøp?

Problemstillingen som skal drøftes i det følgende er hvorvidt mangelsbedømmelsen ved kjøp av en virksomhet skal skje etter de objektive reglene i § 17, eller om kjøpsgjensstandens art innebærer at man må anvende § 19 om ”som den er”-kjøp.

Forskjellen er at § 17 måler kjøpsgjensstanden opp mot en objektiv standard som er lik for alle virksomhetsoverdragelser, mens § 19 gir anvisning på en konkret vurdering hvor kjøper må forholde seg til kjøpsobjektet spesifikt, uten noen objektiv målestokk som angir en normalstandard. Ved bruktkjøp av løløreting er ”som den er”-klausuler meget praktiske,

---

<sup>16</sup> For en mer utfyllende behandling av denne problemstillingen, se bl.a. Sæbø side 354,, Eriksrud side 4-7, Hultmark side 139-140 og Buskerud Christoffersen TFF side 379 med henvisning til Karnell

<sup>17</sup> Side 1118.

<sup>18</sup> Se mer utførlig drøftelser i punkt 2.8.

og for eksempel Krüger tar til orde for at vurderingstemaet etter § 19 kan legges til grunn selv om uttrykkelige forbehold ikke er tatt.<sup>19</sup>

Bodumdommen gjennomgår kjøpslovens anvendelse på virksomhetsoverdragelser, og gir kommentarer angående hvordan reglene på tolkes for å tilpasses den spesielle kjøpsgjensstanden. I denne saken var det kun noen kortfattede overdragelseserklæringer som fulgt aksjesalgene, og disse ga liten veiledning ved tolkning av partenes rettigheter. Det var imidlertid inntatt en prisreguleringsklausul, noe Høyesterett tolket som at partene skjønnsmessig hadde gjort seg opp en mening om hva selskapet var verdt, og at reguleringen skulle skje *”krone for krone”*. Høyesterett anvendte deretter kjøpslovens mangelsregler. Mangelsbedømmelsen etter kjøpsloven har en objektiv og en subjektiv side. Den objektive følger av § 17 første ledd om varens egenskaper ut i fra avtalen sammenholdt med § 17 tredje ledd om at avvik fra dette representerer en mangel. Om denne objektive vurderingen uttaler Høyesterett:

*”Ved en virksomhetsoverdragelse som den vi står overfor, vil det ligge visse grunnleggende forutsetninger i bunnen som kjøper må kunne påberope seg.”*<sup>20</sup>

Uttalelsen står i kontrast til den uttalte rettsoppfatningen forut for avgjørelsen. I tidligere teori har holdningen vært at det er umulig å oppstille objektive kriterier for mangelsbedømmelsen ved aksjesalg. Blant andre Sæbø drøfter spørsmålet utførlig. Han går igjennom de hensynene som gjør seg gjeldende, og anfører at mangelen på objektive målestokker, problemer med verdsettelse med mer fører til at:

*”Etter min oppfatning taler de beste grunner for at det som hovedregel ikke kan stilles opp en objektiv normalstandard med hensyn til de underliggende verdier ved kjøp av aksjer.”*<sup>21</sup>

Bergo sier seg enig i at det vanskelig kan oppstilles en alminnelig god vare-standard.<sup>22</sup>

Krüger og Mikalsen/Mestad er av samme oppfatning.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> Krüger side 234, *”der det ut i fra avtalen eller avtalens forutsetninger fremgår at kjøperen har risiko for skjult elde og slitasje.”*

<sup>20</sup> Side 1119, 5 avsnitt

<sup>21</sup> Sæbø, drøftes på side 357-365, konklusjon på side 365

<sup>22</sup> Bergo side 246

Disse oppfatningene er nå forlatt med Bodumdommens bekreftelse på at en objektiv normalstandard skal kunne påberopes. Dagens rettstilstand innebærer derfor at kjøper kan forvente visse basisegenskaper ved et virksomhetskjøp som kan påberopes etter de objektive mangelsreglene i kjøpsloven. Dette gjelder imidlertid kun så lenge ikke selger har fraskrevet seg ansvaret for disse egenskapene spesielt eller tatt en generelt ”som det er” forbehold.

Denne rettstilstanden brøt med både eldre praksis og teorien omtalt over.<sup>24</sup> Det kan dermed stilles spørsmålsteget ved at Høyesterett la til grunn resultatet uten å drøfte lovanvendelsen mer inngående. Da det kun er denne dommen som er avsagt omkring dette rettsspørsmålet, vil hovedregelen foreløpig være at mangelsbedømmelsens rettslige utgangspunkt er § 17.

En problemstilling er om resultatet i Bodumavgjørelsen kunne blitt nådd ved en alternativ fremgangsmåte. Høyesterett la til grunn en objektiv standard etter kjl § 17, og at avvik herfra representerte en mangel. Spørsmålet er om det samme resultatet kunne blitt nådd gjennom anvendelse av kjl § 19 første ledd litra c). Dette gjelder spesielt fordi teorien har åpnet opp for at det ved visse typer kjøp kan forutsettes å foreligge en ”som det er”-klusul. Rettsanvendelsen ville da bestå i å tolke ordlyden *”tingen er i vesentlig dårligere stand enn kjøper hadde grunn til å rekne med etter kjøpesummens størrelse og forholdene ellers”*, slik at de sviktende økonomiske forutsetningene i Bodumdommen ville medføre at virksomheten var i vesentlig dårligere stand enn kjøper kunne regne med. En slik fremgangsmåte ville medføre at det problematiske med å tillegge en virksomhet objektive egenskaper, ikke ville kommet på spissen. Anvendelse av § 19 ville imidlertid innebære en høyere terskel for mangler på grunn av vesentlighetskravet. I nøyaktig hvor stor grad tersklene for mangel i §§ 17 og 19 er forskjellige fra hverandre er det imidlertid vanskelig å uttale seg sikkert om.

---

<sup>23</sup>Krüger side 607, Mikalsen/Mestad side 626

<sup>24</sup> Jf. særlig Rt.1936-529, hvor Høyesterett lot spørsmålet om mangel på objektivt grunnlag stå uavklart.



Bodumdommen må dermed kunne tas til inntekt for å kreve en konkret ”som den er”-klausul. Kjøp av virksomhet vil etter sin art være ”bruktkjøp”, men allikevel har Høyesterett ikke pålagt noen konkret risiko på kjøper for skjulte mangler som til en viss grad følger av kjl § 19.

## 2.6 Kjøpslovens anvendelse hvor eneste aktiva ikke reguleres av kjl.

En tilgrensende problemstilling til den som er omtalt i 2.2, er hvorvidt mangelsvurderingen skal skje etter kjøpsloven, selv om selskapets eneste aktivum er for eksempel en fast eiendom. Det vil da kun være en fast eiendom som er overført, selv om dette er gjort i form av en aksjeoverdragelse. Skal man også i slike tilfeller foreta mangelsvurderingen etter kjøpsloven, selv om avhendingslova normalt får anvendelse på overdragelse av fast eiendom? Dette vil i så fall innebære at rettsforholdet settes i en annen rettslig ramme på grunn av den form overdragelsen foretas gjennom. Med andre ord vil reglene som regulerer overdragelsen avhenge av den formen overdragelsen skjer i, selv om det overførte objektet i realiteten er det samme.

Et utgangspunktet for vurderingen de lege ferenda er at partenets rettsstilling ikke bør gjøres avhengig av hvilken form de overføres i, enten direkte salg av aktiva eller indirekte gjennom salg av aksjer.<sup>25</sup> Dette innebærer at valget av overdragelsesform ikke skal ha noe å si for mangelsvurderingen. Ved kjøp av 100 % av aksjene i et selskap er det klart at det er de underliggende verdiene som er kjøpt.<sup>26</sup>

Forarbeidene til avhendingslova tar opp forholdet til overdragelsesform.<sup>27</sup>

*”Avhendingslova vil ikkje gjelde direkte ved kjøp av eit foretak - t d eit aksjeselskap - som eig fast eiendom, eller part i slikt selskap.”*

---

<sup>25</sup> Sæbø side 357

<sup>26</sup> Egholm Hansen og Lundgren side 232

<sup>27</sup> Ot.prp.nr.66 (1990-1991) side 62

Etter dette kan direkte anvendelse av avhendingsloven utelukkes ved aksjesalg. Det kan spørres om dette er en uheldig situasjon, særlig i de tilfeller hvor bakgrunnsretten gir kjøper en svakere rettsstilling enn avhl. Det følger imidlertid av § 1-2 første ledd at loven er fravikelig, med en del unntak for forbrukere i annet ledd. Virksomhetskjøp er etter sin art kjøp foretatt under utøvelse av næringsvirksomhet, slik at man allerede her er utenfor de klare tilfellene som loven skal beskytte.<sup>28</sup> Det er imidlertid ikke noe i veien for å avtale anvendelse av avhl. Forskjellen mellom vanlige næringskjøp av fast eiendom og kjøp av fast eiendom gjennom overdragelse av aksjer, er at man i det første tilfellet reguleres av avhendingsloven med mindre noe annet ikke er avtalt, mens i det andre tilfellet er man nødt til å anvende kjøpsloven eller alminnelig kontraktsprinsipper.

I Rt.1999-408 Garasjedommen vurderte Høyesterett hjemmelsgrunnlag for saksøkers anførte hevingsrett etter kjøp av borettslagsandel med leierett. I et slikt tilfelle er kjøpsobjektet en andel som gir eieren leierett til en leilighet i borettslaget. Med henvisning til avhendingslovens forarbeider utelukket Høyesterett anvendelse av avhendingsloven.<sup>29</sup> Begrunnelsen var at det kan oppstå særegne ”treparts” situasjoner ved at *”forholdet til utleier spiller en sentral rolle ved siden av forholdet mellom kjøper og selger”*. Heller ikke kjøpsloven ble funnet å være anvendelig. I stedet la Høyesterett til grunn en uttalelse av justisdepartementets lovavdeling som slo fast at slike forhold reguleres av alminnelige kontraktsrettslige regler. Dette forholdet var særegent ved at borettslagsandelen var en spesiell type aksje sammenlignet med en andel i et vanlig AS. Avhendingsloven kommer imidlertid ikke til anvendelse på verken overføring av borettslagsandeler eller aksjeselskapsandeler med en fast eiendom som eneste aktivum.

Kjøpsloven regulerer dermed overdragelse av fast eiendom hvor denne skjer gjennom aksjesalg. Dette gjelder tilsvarende for andre typer aktiva, og står i kontrast med

---

<sup>28</sup> Egholm Hansen og Lundgren side 236: ” Det vil formentlig meget sjældent – om nogensinde – med rette kunne gøres gældende, at et virksomhedskøb skal kunne betragtes som forbrugerkøb i henhold til Købelovens § 4a.”

<sup>29</sup> Ot.prp nr.66 (1990-1991) side 26

avgjørelsen gjengitt over, hvor resultatet må tilskrives det spesielle forholdet mellom eierskap og utleie. Hvorvidt dette er en optimal rettsstilling er diskutabelt.<sup>30</sup> Etter min mening burde lovanvendelsen i slike tilfeller ta større hensyn til det reelle avtaleobjektet. Man oppnår imidlertid forutberegnelighet ved at avhendingsloven aldri er anvendelig ved overføring av aksjer eller andeler. At kjøpsloven er anvendelig på overgang av aksjer i AS og ikke ved overføring av andel i borettslag er ikke like naturlig. Den materielle forskjellen er i alle tilfeller ikke stor, da de alminnelige kontraktsprinsippene i stor grad samsvarer med både avhendingsloven og kjøpsloven.

Dette innebærer imidlertid ikke at avhendingsloven er uten betydning i det eksempelet som er omtalt over, et selskap med kun en fast eiendom som aktiva. Lovteksten og vurderingene etter avhendingsloven vil fortsatt være relevant ved fortolkning av kjøpsloven.

Forarbeidene til avhendingsloven slår fast at

*”Ei anna sak er at prinsippa i avhendingslova om manglar m.m etter tilhøva kan vere naturleg å nytte dersom foretaket sine faste eigedomar var sentrale ved overtakinga av foretaket eller del av dette.”<sup>31</sup>*

Man må da tolke kjøpsloven med avhendingsloven som veiledende tolkningsmomenter, og praksis etter avhendingsloven vil også være anvendelig. Det er spesielt den nære sammenhengen og det felles opphavet lovene har som medfører dette resultatet.

## 2.7 Kjøpslovens anvendelse på mangler ved enkeltaktiva

En tilgrensende problemstilling er i hvilken grad kjøpsloven kan anvendes direkte for enkeltvis aktivaposter. Problemstillingen ble behandlet i RG 2002-1, og lagmannsretten ga der uttrykk for at kjøpsloven verken fikk direkte eller analogisk anvendelse på fiskemengden ved overdragelse av alle aksjene i et oppdrettsselskap. Retten tok imidlertid ikke endelig stilling til spørsmålet, da saken ble avgjort ut i fra en ren risikobetraktning. I

---

<sup>30</sup> Nørager-Nielsen og Theilgard side 36: ”Køb af samtlige aktier i et selskab, som hovedsagelig ejer og administrerer fast ejendom, burde måske ikke bedømmes efter købelovens regler, men som køb av fast ejendom, navnlig af hensyn til kbl. § 54.”

<sup>31</sup> Ot.prp.nr.66 (1990-1991) side 62

drøftelsen presiserer retten at spørsmålet kan stilles seg annerledes hvis man har kjøpt samtlige aksjer og for eksempel selskapets eneste aktivum er en fast eiendom, eventuelt hvis kjøpesum tilsvarer summen av en spesifisert verdsettelse av aktivaposter. Et annet moment er kjøpsloven lettere vil få anvendelse ved kjøp til ”slakteverdi”, dvs. samlet sum for forventet salgsverdi av hvert enkelt aktiva i selskapet, enn ved ”going concern”, hvor verdsettelsen skjer ut i fra verdien av virksomheten og den drift inkludert utsikten fremover.

Jeg kan være enige i at de overnevnte momentene i større eller mindre grad medfører at kjøpsloven er ”lett” å anvende. Jeg ser allikevel ikke noe klar begrunnelse for at loven ikke er anvendelig å slike tilfeller. Avgjørelsen er avsagt før Bodumdommen, og tar dermed ikke inn over seg den forholdsvis uforbeholdne anvendelsen av kjøpsloven som den tar til orde for. Det er jo på det rene at en svak økonomisk stilling er mangel som medfører anvendelse av kjøpsloven. En anvendelse som angitt over taler for at det skal trekkes et skille mellom fysiske mangler og ”økonomiske” mangler, et skille jeg finner kunstig og lite velegnet som rettsregel.

Ved anvendelsen av kjøpsloven på aksje- og selskapskjøp vil det reise seg en rekke problemstillinger omkring enkeltregler i loven. Kan man for eksempel i samme grad pålegge kjøper en undersøkelsesplikt etter levering slik bestemmelsens ordlyd gir uttrykk for, jfr. kjl § 30 første ledd? Må reklamasjonsfristen ”innen rimelig tid”, jfr. kjl § 32 første ledd, beregnes på samme måte ved virksomhetsoverdragelser som ved vanlige løsørekjøp? Slike problemstillinger er høyst interessante og per dags dato uavklarte, men på grunn av begrenset plass vil de ikke bli behandlet nærmere i denne fremstillingen.

## 2.8 Spesielle omstendigheter ved kjøp av virksomhet gjennom aksjekjøp

Ofte vil aktiva i virksomheten isolert sett ikke reguleres av kjøpsloven. En virksomhet vil kunne bestå av en rekke ulikartede bestanddeler. En rekke praktiske tilfeller av disse, for eksempel fast eiendom, fordringer og lignende vil ikke falle inn under kjøpslovens anvendelsesområde, hadde de blitt overdratt utenfor virksomhetens. Fordi de er eiet av en virksomhet organisert som et aksjeselskap reguleres de imidlertid av kjøpsloven, så lenge

det er aksjene som overdras. Som Buskerud Christoffersen uttrykker det *”En virksomhet er imidlertid en komplisert kjøps-gjenstand.”*<sup>32</sup>

Ved en virksomhetsoverdragelse oppstår det videre en problemstilling om det kan påpekes mangler ved enkeltaktiva, eller om den overførte virksomheten må vurderes som en samlet enhet. Hvis det er en vesentlig mangel ved en av mange lastebiler i virksomheten, foreligger det da en mangel ved virksomheten? Her må virksomheten klart nok vurderes under ett, slik at det er den samlede drift og det endelige resultatet som har betydning i mangelsbedømmelsen.<sup>33</sup>

Videre er det et moment at en aksje er en selskapsandel. Ved prisingen av denne vil partene gjøre seg opp en mening av verdien ut i fra selskapets totalsituasjon, inkludert bl.a. fremtidsutsikter. Verdssettelsen vil dermed stadig svinge ut i fra markedets tillit til og tro på selskapets virksomhet. På grunn av markedets reaksjoner og generelle markedssvingninger er det vanskelig å avgjøre om et inntruffet verdifall skyldes omstendigheter som forelå på kjøpstidspunktet, eller må henføres til omstendigheter som har inntruffet i etterkant av overføringen.<sup>34</sup> Kjøper vil da kunne ha store problemer med å bevise at det heftet en mangel i de underliggende verdiene for de aksjene han kjøpte, da den manglende verdien vil kunne skyldes markedets sviktende tro på selskapet i etterkant av kjøpet.

I tillegg kan salgsobjektet kan være verdt forskjellig ut i fra hvem som er kjøper. Kjøpers betalingsvillighet vil være avhengig av hvilket potensial kjøper ser i aksjeposten/virksomheten. En rekke forhold vil kunne ha betydning for kjøpers utnyttingspotensial. Hvis for eksempel kjøper eier aksjer fra før, vil en økning i hans aksjepost medføre en høyere betalingsvillighet i forhold til en som vurderer den samme aksjeposten uten eierskap fra før av. Dette gjelder spesielt hvis aksjeposten medfører at

---

<sup>32</sup> JV side 19.

<sup>33</sup> Egholm Hansen og Lundgren side 241.

<sup>34</sup> Sæbø side 359.

kjøper oppnår en kontrollposisjon i virksomheten. Kjøper vil da ofte måtte betale ekstra for en slik mulighet, såkalt kontrollpremie. Ved at kjøpers betalingsvillighet i en slik situasjon øker vil en eventuell mangelsbedømmelse kunne kompliseres. Spørsmålet er da om det er aksjeposten størrelse og egenskaper objektivt sett som skal legges til grunn, eller om det er den subjektive verdien for kjøperen som det må tas utgangspunkt i.

Videre vil kjøpers finansielle totalstyrke ha betydning for virksomhetens vekstmuligheter og andre forhold av økonomisk betydning. En kjøper med finansiell styrke vil lettere kunne investere tilstrekkelig og dermed utnytte virksomhetens potensial enn en kjøper som har presset økonomi. Hvis kjøpet av virksomheten er et oppkjøp med tanke på sammenslåing med en eksisterende virksomhet vil eventuelle synergieffekter kunne gi kjøper gevinst. I begge tilfeller vil salgsobjektet være verdt mer for den ressurssterke kjøper.

Videre vil virksomheters verdi og omfang varierer fra små selskaper uten daglig drift med minimal verdi til store internasjonale konsern med enorm omsetning. Dette store spennet gjør det vanskelig å peke på generelle egenskaper for et selskap, og de underliggende verdiene vil være *"høyst individuelle, uensartede og gjenstand for vesentlige forandringer over tid."*<sup>35</sup> Det vil da kunne bli en komplisert vurdering å slå fast hvilke faste plikter kjøper og selger har i et slikt kjøpsforhold, da kjøpssituasjonen vil være såpass ulikartede. Kjøper vil ikke kunne pålegges en streng undersøkelsesplikt for et papirselskap med kun aksjelovens formelle minimumskrav av innhold, mens et foretak med ansatte og millionomsetning automatisk vil forplikte kjøper til visse undersøkelser. Man kan da stå i fare for at den store spennvidden gjør at det ikke kan trekkes ut generelle normer. Dette ville imidlertid være å trekke situasjonen for langt, og som gjennomgangen vil vise har praksis etablert visse faste momenter i de konkrete vurderingene etter kjøpsloven.

---

<sup>35</sup> Sæbø side 363

### **3 Selgers opplysningsplikt**

#### **3.1 Om det rettslige grunnlaget**

Reglene om opplysningsplikten er lovfestet i kjøpslovens § 19 første ledd litra b, avhendingslovens §§ 3-7, håndverkertjenestelovens §§ 19 og bustadoppføringslovens § 26. Kjøpslovens § 19 første ledd litra b gjelder etter lovteksten kun for ting solgt ”som den er”, men det er sikker rett at en tilsvarende regel gjelder for vanlige kjøp, hvor selger ikke har tatt forbehold slik at kjøperen beskyttes i større grad.<sup>36</sup> Reglene er utslag av og kodifiserer alminnelige kontraktsrettslige prinsipper som kan påberopes hvor avtale eller lov ikke regulerer den aktuelle problemstillingen.<sup>37</sup> Vilkårene for å slå fast misligholdt opplysningsplikt er: Selger har tilbakeholdt opplysninger om vesentlige forhold vedrørende ytelsen som den annen part hadde grunn til å regne med å få, og denne unnlatelsen har innvirket på avtalen. Plikten gjelder kun opplysninger som selger kjente eller måtte kjenne til.

Brudd på opplysningsplikt fører til at kjøper beholder sine mangelskrav, selv om han ikke har oppfylt sin undersøkelsesplikt.<sup>38</sup>

#### **3.2 Nærmere om tolkningen av selgers opplysningsplikt**

Selger har brutt sin opplysningsplikt hvis han har fortiet opplysninger vedrørende ”*vesentlige forhold*”. Det oppstår dermed en problemstilling omkring hvilke forhold som er ”vesentlige”. Utgangspunkt for denne vurderingen oppstilles i forarbeidene:

---

<sup>36</sup> Bergem/Rognlien side 101

<sup>37</sup> Jf. Rt.1999-408 side 420: ”...de sentrale bestemmelser i [kjøpsloven] i stor grad er uttrykk for alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper”, Hagstrøm side 32.

<sup>38</sup> Hagstrøm side 135 flg, Buskerud Christoffersen JV side 37, Sæbø side 374.

*”Selger vil vanligvis ikke ha opplysningsplikt når det gjelder forhold som kjøperen burde ha oppdaget ved en normal undersøkelse av tingen.”<sup>39</sup>*

Det utdypes videre med at regelen er mest praktisk for å slå ned på vesentlige forhold som ikke kan oppdages ved en vanlig undersøkelse eller som kjøperen ikke har mulighet til å kjenne til. Kjøpers mulighet til å finne ut av den mangelfulle egenskapen er dermed en verdifull tolkningsveiledning. Et eksempel vil kunne være at selger av en virksomhet sitter på opplysninger om at selskapets største kunde, som i stor grad holder virksomheten i gang, ikke vil fornye kontrakten. Se nærmere om denne vurderingen under i punkt 3.3.

Regelen er ment å slå ned på illojalitet, slik at det er lojalitetsprinsippet i kontrakt som utgjør bakteppet for vurderingen.<sup>40</sup>

### 3.2.1 Skyldkravet for selger for rettstridig fortielse

Den tradisjonelle tolkningen av regelen om opplysningsplikt krever at selgeren har utvist forsett i forhold til fortielsen av opplysningene, men at beviskravene lempes gjennom *”måtte kjenne til.”*<sup>41</sup> Begrepet har altså vært et krav om at selgeren hadde positiv kjennskap til opplysningene, men at kravene for å bevise dette ble lempet. De fellesnordiske forarbeidene slår dette fast med henvisning til avtalelovens § 33.<sup>42</sup>

I Rt.2002-696 Skøyen Næringspark gikk imidlertid Høyesterett imot denne tradisjonelle oppfatningen. Problemstillingen i saken var hvorvidt kjøper av en tomt med tung forurensning i grunnen kunne heve kjøpet. Kjøperen ble gitt medhold i at forurensningen utgjorde en vesentlig mangel, men Høyesterett fant at hevingsadgangen var avskåret på grunn av foreldelse. Selv om saken gjaldt avhendelse av fast eiendom og det dermed var avhendingslovas § 3-9, jf § 3-7 som ble anvendt, er det som omtalt alminnelig antatt at disse bestemmelse kodifiserer og har utspring fra de samme kontraktsrettslige prinsippene.

---

<sup>39</sup> Ot.prp nr. 80 (1986-1987) side 62.

<sup>40</sup> Buskerud Christoffersen JV side 37

<sup>41</sup> Hagstrøm side 149

<sup>42</sup> NU 1984:5 side 235.



Dette bekreftes av at bestemmelsene inneholder samme formuleringer i lovtekst og forarbeider. Praksisen omkring fortolkning av partenes plikter, risiko og ansvar er dermed direkte overførbare.<sup>43</sup> I et obiter dictum uttalte førstvoterende dommer Gussgard at:

*”Jeg bemerker at jeg oppfatter « måtte kjenne til » som et normativt begrep, og ikke som en bevisregel, slik partene har anført. I forarbeidene, [Ot.prp.nr.66 \(1990-1991\)](#) side 89, sies det at « Meininga er at det ikkje må liggje føre noka rimeleg grunn for å vere uvitande ». Mangel kan altså foreligge selv om det er helt på det rene og uomtvistet at selgeren ikke positivt hadde kunnskap om forholdet, men det er ikke tilstrekkelig at han burde kjent til det.”*

Siste ledd i denne setningen følger av forarbeidene til kjøpsloven; *”Det er ikke nok at selgeren burde vite; det kreves at han måtte vite”*.<sup>44</sup>

I tillegg til denne avgjørelsen, har Bodumdommen uttalelser som trekker i samme retning. Førstvoterende slo her fast at:

*”Min konklusjon så langt er at Bodum ikke hadde positiv kunnskap om de relevante forholdene. Spørsmålet blir da om omstendighetene var slike at selskapet ”måtte kjenne til” fordringen og dennes betydning for selskapets reelle økonomiske situasjon”.*

Spørsmålet var knyttet til hva kjøper ”måtte kjenne til” etter kjl § 20 første ledd, men som omtalt sidestiller forarbeidene denne vurderingen ved å gjengi samme tolkningsveiledning. Høyesteretts drøftelse av skyldkravet er dermed direkte overførbart ved vurdering av aktsomhetskravet i selgers opplysningsplikt, jf. § 19 første ledd litra b).

Av disse to avgjørelsene kan det trekkes ut at lovformuleringene peker på et vilkår om at selger har opptrådt tilstrekkelig aktsomt. Han kan dermed bryte opplysningsplikten ved å opptre uaktsomt uavhengig av hvilken kunnskap han har. Dette bryter med den eldre tradisjonelle oppfatningen. Hagstrøm m.fl. hevdet tidligere at det til tross for disse avgjørelsene måtte kreves positiv kunnskap, og at formuleringen ”måtte kjenne til” henviser til en lemping av beviskravene.<sup>45</sup> Etter min mening var dette en ganske dristig

---

<sup>43</sup> Buskerud Christoffersen JV side 34.

<sup>44</sup> Ot.prp nr.80 (1986-1987) side 62

<sup>45</sup> Hagstrøm obligasjonsrettens første utgave første opplag side 149-151

tolkning etter to enstemmige høyesterettsdommer som sier det motsatte, selv om en av avgjørelsene riktignok kun er et obiter dictum. Annen teori har lagt avgjørelsens premisser til grunn, og at uttrykket dermed må forstås som en aktsomhetsterskel, se bl.a. Bergo<sup>46</sup> og Buskerud Christoffersen<sup>47</sup>. I nyere arbeider har også Hagstrøm snudd, og peker nå på at Høyesterett har lagt til grunn en ”*mellomform – nærmest grov uaktsomhet*”<sup>48</sup>

Det må nå legges til grunn at det ikke lenger gjelder et krav om forsett. Det er dermed tilstrekkelig at selger til en viss grad har handlet uaktsomt. Det må da spørres hvilken grad av uaktsomhet som må legges til grunn. Her er teorien relativt enstemmig, slik at når ordlyden første peker på et aktsomhetskrav, må det kreves grov uaktsomhet.<sup>49</sup>

Selv om tilnærmingen til beviskrav og kunnskapskrav er prinsipielt forskjellig, vil forskjellene antakeligvis ikke være store i praksis. Som Buskerud Christoffersen påpeker vil man måtte se hen til forretnings- og bransjeskikk, og så lenge man er innenfor uaktsomhet vil man uansett måtte foreta en konkret skjønnsmessig vurdering.

Konsekvensen av Høyesteretts nytolkning er at bestemmelsen i § 20 første ledd oppstiller aktivitetskrav både for selger og kjøper. De må nå ha plikt til å henholdsvis opplyse om og undersøke de mest grunnleggende forhold ved virksomheten som skal overdras.<sup>50</sup>

### 3.3 Nærmere om opplysningsplikten - momentliste

Det er vanskelig å angi en skarp grense for hva aksjeselger har plikt til å meddele en potensiell kjøper og hva som han har rett til å holde for seg selv med hensikt til å gjøre en god forretning. Ordlyden legger opp til en konkret vurdering ut i fra partenes forutsetninger

---

<sup>46</sup> Bergo side 246

<sup>47</sup> Buskerud Christoffersen JV side 35

<sup>48</sup> Obligasjonsrettens første utgave 3. opplag side 149-151, Kjøpsretten side 178.

<sup>49</sup> Hagstrøm Kjøpsrett side 79 og 178, Bergo side 246, Buskerud Christoffersen JV side 35

<sup>50</sup> Hagstrøm Kjøpsrett side 178: ”en viss – men begrenset – undersøkelsesplikt”

og kjøpssituasjonen ellers, hvor kjøpsobjektet er et sentralt moment. Problemstillingen i det følgende er dermed å analysere hva selger har plikt til å meddele kjøper ved en virksomhetsoverdragelse.

Faktiske verdireduserende forhold som kjøper ikke burde avdekke ved normal undersøkelse omfattes av opplysningsplikten. Arnholm, med senere gjengivelse i bl.a. Hagstrøm og Hultmark, uttrykker dette som at en allmenn vurdering som påvirker aksjekursen, må sammenlignes med et faktisk forhold.<sup>51</sup> Unoterte aksjer har imidlertid ikke en kurs. Man må i stedet snakke om aksjens verdi, slik at en generell verdiforringende vurdering er opplysningspliktig. Et eksempel finnes i NRt. 1919 s. 494, hvor selgeren satt på informasjon om at rederiets eneste skip hadde forlist. Kjøper fikk medhold i at salget var ugyldig.

Faktiske forhold må avgrenses mot generelle hypoteser og vurderinger.<sup>52</sup> Grensen er imidlertid ikke skarp.

En allmenn verdireduserende vurdering må derfor avgrenses mot selgerens egen vurdering av aksjens fremtidige verdi. Personlige tanker og betraktninger om forhold som kan tyde på verdinedgang faller dermed utenfor plikten. Arnholm nevner som eksempel at den som selger bankaksjer, ikke behøver å opplyse kjøperen om at banksjefen var nervøs sist gang han så han. Dette til tross for at sjefens nervøsitet er grunnen til at han selger.<sup>53</sup>

Markedsestimater og generelle fremtidsbetraktninger faller videre utenfor opplysningsplikten. I UfR 2001-1293 frifant Højesteret selger for ansvar og avviste kjøpers erstatningskrav. Kravet var basert på at selger av et båtutleiefirma hadde innsikt i en rapport med kritiske bemerkninger til båtutleiebransjens fremtidsutsikter. Retten slo fast at opplysninger som er alminnelig kjent i bransjen ikke faller inn under opplysningsplikten.

---

<sup>51</sup> Hagstrøm side 144, Arnholm, Privattrett II s. 332, Hultmark side 119

<sup>52</sup> Hultmark, side 118-119.

<sup>53</sup> Arnholm, Lærebok i avtalerett side 267

En selger som har god teft for markedsbevegelser og overlegen kunnskap om konjunkturforholdene vil heller ikke ha opplysningsplikt, da dette ikke er en allmenn vurdering.<sup>54</sup>

Videre er det ikke plikt til å opplyse kjøper om andre tilbud på aksjene, tidligere bud på virksomheten og tilgrensende emner. Imidlertid vil det ulovfestede lojalitetsprinsippet i kontraktsforhold trekke en grense mot illojal opptreden ved forhandlinger bak ryggen på motparten.<sup>55</sup>

Selgers stilling i selskapet er av avgjørende betydning for å fastslå hvilken informasjon selger satt med, og dermed hvor langt plikten til å dele informasjon skal strekkes.<sup>56</sup> Et veiledende synspunkt til vurderingen er derfor i hvilken grad kjøper har mulighet til å skaffe seg tilsvarende informasjon. Sacklén<sup>57</sup> formulerer i forlengelsen av dette av selgeren bør ha opplysningsplikt om forhold han får kjennskap til i kraft av sin stilling eller sitt særskilte forhold til selskapet., se punkt 0.

Rt.1995-1460 gir en god veiledning på hvilken opplysningsplikt som gjelder ved aksjesalg. Sakens faktum var at hovedaksjonær og styremedlem i et selskap solgte en større aksjepost i et selskap som utviklet teknologi for oljebransjen. Senere viste det seg at vitale patentrettigheter var søkt i selgerens navn personlig, og ikke tillå virksomheten som aksjene var andel i. Selger fikk medhold i at kjøpet var ugyldig etter avtl § 33. I vurderingen uttalte Høyesterett:

*”Ved bedømmelsen av om Haugom har overholdt sin opplysningsplikt, må det tas stilling til om kunnskap om patentsøknaden ville hatt betydning for om salget av aksjene i Temco Engineering ville blitt inngått eller inngått på andre vilkår”*<sup>58</sup>

---

<sup>54</sup> Hultmark side 119

<sup>55</sup> Se generelt om denne problemstillingen Lasse Simonsen, Prekontraktuelt ansvar, side 221-224

<sup>56</sup> Hultmark side 121

<sup>57</sup> Sacklén side 829.

<sup>58</sup> Sidene 1469-1470

Etter dette er det altså tilstrekkelig for å påvise brutt opplysningsplikt at kjøpet ville blitt inngått på andre vilkår. Selv om saken gjaldt ugyldighet, jf. avtl § 33, vil dette vilkåret kunne anvendes tilsvarende på selgers opplysningsplikt etter § 19 første ledd b).

Uaktsomhetsvurderingen i de to bestemmelsene må anses å tilsvare hverandre, se drøftelsen foran i pkt. 3.2.1.

Både vesentlighetsvilkåret og innvirkningsvilkåret er oppfylt i det kjøpet ville blitt inngått på andre vilkår, noe som også bekreftes av rettens påpekning av at søknaden var et vesentlig aktivum.

En annen illustrerende sak er Oslo tingretts dom publisert i TOSLO 2001-11482. Saken illustrerer at også en vanlig aksjonær og investor har opplysningsplikt. Kjøper av en aksjepost i et unotert selskap gikk til sak mot selgeren og krevde at salget ble kjent ugyldig etter avtl § 36. Kravet var basert på at selgeren hadde brutt sin opplysningsplikt, da selskapet aksjene var andel av i realiteten var nærmest insolvent da salget skjedde. Kjøper fikk medhold i at salgsavtalen var ugyldig etter § 36, men kjøpet ble ikke kjent ugyldig da kravet var tapt på grunn av passivitet. Selgers utgangspunkt for opplysningsplikten var som følger:

*”Gjelsten har selv anført at han som investor ikke har plikt til å dele enhver kunnskap han har om en (unotert) aksjepost han ønsker å selge, og at det er helt legitimt å utnytte den merkunnskap han har til å skaffe seg fortjeneste.”*

Retten kommenterte at *”Dette kan nok være et utgangspunkt, men det har sine klare begrensninger.”*

Ved at selgeren ble funnet å ha opptrådt grovt uaktsomt og i strid med avtl § 36, påla retten i realiteten en vidtgående opplysningsplikt, som gikk foran kjøpers totalt utelatte undersøkelser.

Hagstrøm peker på at i de tilfeller hvor forhandlingsklimaet før kontraktsslutning har vært særlig tøft vil dette kunne begrense selgers opplysningsplikt. Momentet har blitt fremhevet av Høyesterett i bl.a. Rt.1989-90 som gjaldt gyldigheten av et forlik. Momentet er nok ikke

veldig tungtveiende i selskapskjøpssituasjoner, men en viss veiledning i tvilstilfeller kan det gi.

Selgers og kjøpers posisjon i virksomheten som avhendes er et viktig moment. Hvis aksjeoverdragelsen skjer i et samarbeidsforhold, vil partenens lojalitetsplikt overfor kontraktspartneren styrkes. Dette innebærer en utvidet opplysningsplikt for selger. Dette illustreres godt av den overnevnte dommen Rt.1995-1460. Høyesterett la der til grunn at

*”Ved den nærmere vurdering av Haughoms opplysningsplikt må legges vesentlig vekt på samarbeidet mellom partene og Haughoms posisjon som hovedaksjonær og styremedlem”*

Dommen peker på at kontraktsparter med et tett samarbeid overfor hverandre vil medføre at selgers opplysningsplikt strekker seg lenger enn for eksempel hvor salgsforhandlingene skjer overfor konkurrenter. Dette innebærer at en selger som selger virksomheten sin til en konkurrent muligens ikke må dele like mye informasjon angående virksomheten enn en selger som avhender til en samarbeidspartner. Hensynet bak er at samarbeidspartnere i større grad må forholde seg lojalt overfor hverandre, og det må understrekes at reglen springer ut av lojalitetsbetraktninger. Høyesterett legger til grunn at dette prinsippet også omfatter selgers posisjon som hovedaksjonær og styremedlem, og med den plikten selger har da til å lojalt dele på den informasjonen får tilgang til.

### 3.4 Kravet til ”gi opplysning” ved virksomhetssalg

Ved selskapssalg stilles det ikke sterke krav til hva selger foretar seg før selger anses å ha gitt kjøper opplysninger. I Borgarting lagmannsretts avgjørelser LB 2004-6523 og LB 1999-2118 ble opplysninger ansett gitt ved å stille henholdsvis advokaten og regnskapsføreren til disposisjon. I LB 2003-11419 Borgarting ble opplysning ansett gitt ved at det fulgte ut i fra en tolkning av det fremlagte regnskapsmaterialet. Denne tolkningen har sammenheng med at det stilles krav til kjøperens profesjonalitet og

bransjekunnskap ved et selskapskjøp, slik at han forventes å kunne skaffe seg innsikt i det materialet han får fremlagt.

Denne problemstillingen har også en side mot selgerens rådgivere, herunder når selger kan lene seg helt og holdent på sine medhjelperes sakkunnskap. I LB 2004-6523 hadde selger av aksjemajoriteten i et bilforhandlerselskap henvist kjøperen til sin advokat for å få nærmere innsyn i virksomhetens økonomiske situasjon. Lagmannsretten la til grunn at denne henvisningen var tilstrekkelig for at avtalens plikt om å ikke holde tilbake vesentlige opplysninger var oppfylt. Avtalens terskel for opplysningsplikten må på grunn av ordlyden ”vesentlig”, direkte kunne overføres til bakgrunnsretten.

I LB 1999-2118 var forholdet at selger hadde solgt alle aksjene i et privat aksjeselskap. Kjøper krevde prisavslag/erstatning på grunn av flere ulike påståtte mangler. Retten frifant selger og la til grunn at han hadde oppfylt opplysningsplikten ved å gi kjøper ubegrenset adgang til å kontakte selskapets regnskapsfører og revisor direkte. Det var på det rene at selger ikke var regnskapskyndig.

Av praksis kan man trekke ut at det er tilstrekkelig at selgeren stiller sine rådgivere til kjøpers disposisjon. Forutsetningen må være at disse sitter inne med like god som eller bedre informasjon enn selger.

### 3.5 Oppsummering

Selgers opplysningsplikt er ingen fast standard, det må sees hen til både selgers aktsomhet og kjøpers opptreden. Ved at utgangspunktet for selgers opplysningsplikt er å informere om vesentlige forhold som kjøper vanskelig kan finne ut på egen hånd, vil selgers opplysningsplikt ofte være oppfylt i det han stiller kjøpers ønskede materiale til disposisjon. Selger må imidlertid være behjelpelig med å passere informasjonsmateriale til kjøper, som uten selgers medvirkning vil kunne ha vansker med å undersøke virksomheten eller aksjene som skal kjøpes. Han må også være oppmerksom på hva som kjøper burde kunne trekke ut av det undersøkte materialet, og opplyse om vesentlige forhold som ikke kan trekkes ut av det overgitte. For virksomheter vil særlig den økonomiske utviklingen i

etterkant av siste godkjente regnskap kunne være interessant. Hvis den økonomiske oversikten som følger av regnskapet er misvisende, vil dette være et vesentlig forhold som selger må opplyse om.



#### 4 Selgers opplysningsrisiko

Kjøpsloven oppstiller i § 18 første ledd en regel som bestemmer at salgstingen er mangelfull når selger har gitt uriktige eller villedende opplysninger om ytelsen som kan antas å ha vært motiverende for den annen til å inngå kontrakten.<sup>59</sup> Denne regelen skiller seg fra opplysningsplikten ved at det må være gitt en konkret opplysning.

Lovteksten peker på ”selger”. Ordlyden skal imidlertid tolkes utvidende til å omfatte ikke bare selgeren personlig, men også tilsatte, kontrakthjelpere og andre stedfortredere.<sup>60</sup> En slik anvendelse er forutsatt av at vedkommende har fullmakt til å gi opplysninger.

Ikke hvilke som helst opplysninger er egnet til å medføre ansvar for selger. For at de skal virke forpliktende, må de ha et noenlunde konkret innhold som selger går god for i en slik grad at kjøper ikke trenger å undersøke disse nærmere for å opptre tilstrekkelig aktsomt. Den øvre grensen mot tilsikringer vil ikke bli trukket her, da man uansett har et mangelskrav.

For at opplysningene skal ha virket inn peker forarbeidene her på at i praksis må opplysningene være avgitt før eller ved inngåelse av kjøpet.<sup>61</sup> Videre er det ikke noe skyldkrav i forhold til selger, slik at selger behøver ikke handle uaktsomt eller mot bedre vitende.<sup>62</sup> Ansvar er dermed objektivt, slik at i motsetning til opplysningsplikten kreves det ikke at selger forsto eller burde ha forstått at opplysningene var uriktige.

Hva som kreves for å bevise innvirkning ble behandlet i Rt.2005-257, hvor kjøper av en hårfjerningsmaskin krevde å heve kjøpet på grunn av feilaktige påstander om maskinens egenskaper. En enstemmig Høyesterett uttalte da:

---

<sup>59</sup> Hagstrøm side 132.

<sup>60</sup> Martinussen side 146-148. Norsk Lovkommentar note 78

<sup>61</sup> Ot.prp nr. 80 (1986-1987) side 60

<sup>62</sup> Ot.prp nr. 80 (1986-1987) side 61, Norsk Lovkommentar kjøpsloven note 79, Martinussen 152-154

*”Forutsetningen for at de uriktige opplysningene skal gi grunnlag for mangelsbeføyelser, er at de « kan antas å ha innvirket på kjøpet ». Denne formuleringen viser at beviskravet for at opplysningene har innvirket på kjøpet, ikke er særlig strengt.”*

Det kreves videre at kjøper på en eller annen måte har blitt motivert av den uriktige opplysningen. Krüger formulerer dette som at innvirkningen har skjedd i det kjøper kan bevise at kjøpet ville blitt inngått på andre vilkår, eventuelt ikke inngått i det hele tatt.<sup>63</sup>

#### 4.1 Selgers opplysningsrisiko ved selskapssalg

For virksomhetsoverdragelser vil selgers ansvar for uriktige opplysninger være praktisk i en rekke tilfeller. Et eksempel kan være at selger har gitt kjøper en oppstilling over virksomhetens økonomiske situasjon som kjøper legger til grunn, og at denne er basert på uriktige forutsetninger. På grunn av at kjøpsloven er deklatorisk, har imidlertid selger full mulighet til å ta uttrykkelig forbehold om riktigheten av bestemte opplysninger slik at § 18 fravikes.<sup>64</sup>

Problemstillingen i det følgende er i hvilken grad selger kan bli ansvarlig for uriktige opplysninger etter kjl § 18 ved salg av et selskap.

Det er først og fremst hvor nøyaktig og konkret uttalelsen er som trekker grensen for hva selger blir ansvarlig for. Generelle lovprisninger, salgsprat og overdrivelser kan dermed sjelden ansees å medføre ansvar for selgeren.<sup>65</sup> I Rt.1926-962 ble uttrykket *”fordelaktig opdreven”* forretning funnet å være en reklamemessig anbefaling som kjøper ikke kunne legge til grunn uten nærmere undersøkelse. Dette var dermed innenfor spillerommet for harmløs overdrivelse i selskapsforhold. Videre vil selger vanskelig bli ansvarlig for generelle betraktninger om fremtiden, markedssvingninger og lignende. Her er det en parallell til opplysningsplikten, hvor det ikke er plikt til å meddele for eksempel generelle fremtidsutsikter. Hvis slike meddeles, vil de sjelden medføre ansvar for selger.

---

<sup>63</sup> Krüger side 183

<sup>64</sup> Bergo side 245.

<sup>65</sup> Krüger side 181 omtaler dette som ”det legitime spillerom for harmløs overdrivelse ved lovprising av salgstingen” med henvisning til Rt. 1932. 835. Se også Martinussen side 148-150.

Tilsvarende som opplysningsplikten, se punkt 3.3, må det antakeligvis også her gjøres unntak til en viss grad for selgers egne forhold. Dette innebærer at selger vil kunne gis et lite spillerom for å ”bløffe” på for eksempel spørsmål om det finnes andre budgivere, selgers nedre prisgrense, tidligere bud etc. En grense må allikevel trekkes, slik at selgeren som uriktig opplyser kjøper om at han har et annet bud på en konkret sum mest sannsynlig vil rammes av § 18.

Som omtalt omfatter ansvaret etter første ledd ”selger” også andre personer som handler med selgers fullmakt. I selskapsforhold kan det spørres hvorvidt selger skal identifiseres med opplysninger som gis av selskapet selv, for eksempel informasjon fra selskapets styre eller administrasjon? I slike tilfeller vil det være en flytende overgang mot kjl § 18 annet ledd om selgers markedsføringsansvar. Den rettslige problemstillingen etter denne bestemmelsen er da om uttalelser fra nøkkelpersonell i virksomheten faller inn under ordlyden ”*annen markedsføring på vegne av selgeren.*” Slik informasjon kan være alt fra styrets fremtidsprognose, daglig leders uttalelse om selskapets teknologi, og uttalelse om verdien av inngått kontrakt mm. I større selskaper vil styret eller daglig leder kunne uttale seg forholdsvis ofte om virksomheten. Det må da spørres om dette kan karakteriseres som markedsføring. Eriksrud<sup>66</sup> og Hultmark<sup>67</sup> drøfter denne problemstillingen og svarer bekreftende på at selger blir ansvarlig. Rt.1934-740 støtter en slik oppfatning i de tilfeller selger er klar over at kjøper har mottatt slik informasjon og han ikke reserverer seg mot disse. Av denne avgjørelsen og den teorien som foreligger kan det trekkes ut at nøkkelopplysninger gitt av nøkkelpersonell i firmaet vil kunne innvirke kjøpet og dermed medføre opplysningsrisiko etter kjl § 18.

Denne konklusjonen er imidlertid avhengig av at kjøperen er kjent med at selger mottar slike opplysninger og legger vekt på disse. Man er da over kjl § 18 (2) om markedsføringsansvaret. Hvis selgeren kun er en enkelt aksjonær, vil han sjelden ha noen kontakt med ledelsen som gir han innsikt i riktigheten av opplysningene. Dette kan dermed virke som et vidt ansvar. Kjøper blir imidlertid kun ansvarlig hvis han kjente eller burde ha

---

<sup>66</sup> Eriksrud, TFF side 7.

<sup>67</sup> Hultmark side 148-149

kjent til opplysningen. Han blir da ansvarlig selv om han ikke påberoper seg den. Dette innebærer en aktiv rette-eller fraskrivningsplikt.

#### 4.2 Kjøpers undersøkelser går foran selgers opplysningsrisiko?

Denne problemstillingen oppstår hvis selger har gitt uriktige opplysninger om et tema. Kjøper har deretter undersøkt virksomheten som skal selges, uten å oppdage at selgers opplysninger er uriktige. Spørsmålet er da om kjøperens undersøkelser avskjærer betydningen av at selger har avgitt uriktige opplysninger, slik at han likevel har tapt sitt mangelskrav. Problemstillingen behandles i RG 2000-586 hvor herredsretten la til grunn at kjøper, som hadde gjennomført due diligence, hadde risikoen for at den oppgitte fiskemengden i partenes avtale var riktig. Retten slo fast at kjøpers undersøkelser medførte at *"selgerens risiko for riktigheten av egen opplysninger dempes."* Forutsetningen for at selger ikke har risikoen for sine opplysninger er at det dreier seg om forhold kjøper "burde" oppdaget. Det følger da direkte av ordlyden i kjl § 20 annet ledd at kjøper ikke kan gjøre slike egenskaper gjeldende som mangel. Det gjøres imidlertid unntak for kjøpers grovt aktløse handling, for eksempel at han vet opplysningene er uriktige.

## 5 Kjøpers faktiske undersøkelser ved virksomhetsoverdragelser – due diligence<sup>68</sup>

For de store virksomhetsoverdragelsene er det standard med en full gjennomgang av alle betydningsfulle sider ved virksomheten, såkalt ”due diligence”. Uttrykket betyr direkte oversatt ”tilbørlig aktsomhet” og peker på skritt kjøperen må ta for å oppfylle sin undersøkelsesplikt. Praksisen er hentet fra anglo-amerikansk rett og innebærer at selger utarbeider og stiller til kjøpers rådighet vital informasjon om selskapet. Opplysningene fremlegges enten etter selgers avgjørelse, eller ved at kjøper presenterer en request-list hvor han etterspør spesifikk informasjon. Formålet er at kjøper skal gis en mest mulig komplett oversikt over og innsyn i virksomheten slik at blant annet prisingen blir korrekt. Ved en slik gjennomgang kan man forhindre overraskende momenter som kan innvirke negativt på selskapets verdi og unngå tap eller etterfølgende tvister. Virkningen av å avdekke risikomomenter i selskapsgjennomgangen vil kunne være at kjøper krever garantier for de avdekkede forholdene, eventuelt velger å ikke gjennomføre kjøpet. Slik gjennomgang har sin rot i den svakere beskyttelsen kjøper gis i anglo-amerikansk rett og er muligens ikke like nødvendig i nordisk rett.<sup>69</sup>

Selskapsgjennomgangen suppleres som oftest av omfattende avtaler hvor oppfyllelessvikt defineres og virkningene av slike reguleres. Virkningen av detaljreguleringen er at bakgrunnsretten settes til side, og hensikten med dette er forutberegnelighet for partene i alle tilfeller. Hagstrøm hevder disse prosedyrene skaper falsk trygghet og er unødig kostnadskrevende i mange tilfeller.<sup>70</sup> Han fremholder at behovet som har fremtvunget slike omstendelige prosesser ikke i samme grad er tilstede i nordisk rett. Anglo-amerikansk rett krever i større grad at alle forhold er avtalt og at det skriftlige ikke kan suppleres med bevis utenom avtaleverket (the parol evidence rule/merger clauses), mens nordisk rett ikke er like

---

<sup>68</sup> Begrepet kan oversettes med ”selskapsgjennomgang”, og disse termene sammen med forkortelsen DD vil bli benyttet om hver andre.

<sup>69</sup> Hagstrøm, TFF side 391 og Buskerud Christoffersen, TFF side 373

<sup>70</sup> Hagstrøm, TFF side 391

formalistisk.<sup>71</sup> I norsk rett vil bakgrunnsretten oftere komme supplerende inn, på tross av avvikende avtale. Som eksempel nevner han at selger ikke vil kunne fraskrive sin opplysningsrisiko, se kapittel 4;

*”Reglene om opplysningsrisiko står sterkt i lovgivning og rettspraksis, og selgeren kan neppe fraskrive seg risikoen for feilinformasjon fremkommet under due diligence-prosessen bare ved å innta en integrasjonsklausul eller lignende i kontrakten.”*<sup>72</sup>

Det følger indirekte av dette at mer spesifikke forbehold vil stå seg, dette følger av den alminnelige avtalefrihet. Hagstrøm har allikevel rett i at da kontraktspartene som oftest kan falle tilbake på bakgrunnsretten og den beskyttelsen kjøper gis gjennom denne, vil ikke en selskapsgjennomgang være like kritisk for at kjøper skal beholde sine mangelsbeføyelser. Han overser imidlertid at noe av hovedpoenget med å gjennomføre en selskapsgjennomgang er at kjøpsobjektet vil kunne unngås i sin helhet ved avdekking av risikoelementer. Ut fra et kommersielt perspektiv vil en tid- og ressurskrevende rettssak sjelden være lønnsomt.

Problemstillingene som skal drøftes er hvordan partenes selskapsgjennomgang eller løfte om å foreta en slik gjennomgang innvirker på kontraktspartenes risiko og ansvar ut i fra bakgrunnsretten. I punkt 7.3 drøftes hvorvidt praksisen med DD har ført til at dette er en del av kjøpers undersøkelsesplikt, og senere i punkt 7.3.1 vil virkningene av at kjøper lover eller krever å gjennomføre en DD vil bli drøftet.

---

<sup>71</sup> Hagstrøm, TFF 1999 side 391 og Buskerud Christoffersen, TFF side 373

<sup>72</sup> Hagstrøm, TFF side 397.

## 6 Kjøpers undersøkelsesplikt etter kjl § 20

### 6.1 Innledning

Selv om begrepsbruken peker på en plikt for kjøper til å undersøke kjøpsobjekten er ikke terminologien helt presis. Selger får ingen rett ved at kjøper misligholder sin undersøkelsesplikt, med mindre man definerer kjøpers manglende mulighet for mangelsbeføyelser som en negativ rett for selger. Begrepet er allikevel så innarbeidet at det vil bli benyttet i det følgende.

I dette kapittelet skal det kort gjøres rede for tolkningen av kjl § 20 etter den generelle kjøpsretten. I kapittel 7 gjøres det deretter nærmere rede for den spesielle tolkningen og anvendelsen for virksomhetsoverdragelser gjennom aksjesalg.

### 6.2 Kjøpers aktsomhetskrav etter § 20 første og annet ledd

Kjl § 20 første ledd slår fast at kjøperen ikke kan gjøre gjeldende mangel ved kjøpsobjektet som han kjente eller måtte kjenne til ved kjøpet. En tolkning av denne ordlyden gir en regel som fratar kjøper mangelsinnsigelser både for forhold han hadde faktisk kunnskap og forhold han *"måtte kjenne til"*. Ordlyden i dette andre alternativet tilsvarer bestemmelsen for selgers opplysningsplikt i § 19 første ledd litra b, se punkt 3.2 om drøftelse av dette skyldkravet. Forarbeidene spesialmerknader bekrefter at de to bestemmelsene har identisk skyldkrav ved å i begge tilfeller henviser til vurderingen etter kjl § 17 annet ledd bokstav b).<sup>73</sup>

Kjl § 20 annet ledd er den egentlige bestemmelsen om kjøpers undersøkelsesplikt.<sup>74</sup>

Bestemmelsen regulerer kjøpers etterfølgende mangelsinnsigelser når han har undersøkt gjenstanden eller unnlatt å etterkomme selgers oppfordring om å gjøre dette. Regelen etablerer et aktsomhetskrav, og avskjærer kjøperens mulighet til å påberope seg forhold som han burde oppdaget. "Burde" peker på simpel uaktsomhet og etablerer en høyere

---

<sup>73</sup> Ot.prp nr. 80 (1986-1987) side 62 og 63, vurderingen etter § 17 annet ledd bokstav b) på side 59-60.

<sup>74</sup> Buskerud Christoffersen TFF side 381

aktsomhetsterskel for kjøper enn første ledd, slik at kjøper i utgangspunktet har flere innsigelser i behold etter første ledd hvis en bare ser på aktsomhetskravet.

Annet ledd gjør imidlertid unntak fra hovedregelen om at kjøper mister mangelskrav for uaktsomme undersøkelser for de tilfeller hvor selger har handlet grovt aktløst eller for øvrig i strid med god tro. Hvis selger har utvist slik handlemåte, følger det av ordlyden at kjøper beholder sine mangelsinnsigelser selv om han burde ha oppdaget manglene ved en undersøkelse.

Da kjl § 20 første ledd opprinnelig var ansett å være et krav til kjøpers forsettelige unnlattelse og plikten etter annet ledd er betinget, har det tradisjonelt ikke kunne oppstilles noen faktisk undersøkelsesplikt etter kjl § 20. Dette bekreftes av forarbeidene, hvor departementet ”ikke fant grunn til å innføre noen generell plikt til å undersøke tingen før kjøpet.”<sup>75</sup>

Denne rettsstillingen er som omtalt endret etter Skøyen Næringspark- og Bodumdommen. Det stilles nå krav til kjøpers aktive undersøkelser etter første ledd. Videre vil det også spørres om det har utviklet seg en faktisk undersøkelsesplikt. Det siktes da til om kjøpers aktsomhetskrav etter § 20 annet ledd, ”burde”, utløses uten videre når en virksomhet skal overdras. Dette i motsetning til bestemmelsens ordlyd, som kun utløser et aktsomhetskrav når kjøper har blitt oppfordret eller undersøker av eget tiltak. Om resten av denne drøftelsen, se punkt 7.2.1.

### 6.3 Rimelig grunn til å ikke foreta undersøkelse

Etter forarbeidene åpner formuleringen ”rimelig grunn” opp for en konkret vurdering av kjøperens aktsomhet.<sup>76</sup> Som eksempler på hva en rimelig grunn kan være nevnes at kjøper har god grunn til å stole på selgerens sakkunnskap eller dersom undersøkelsen vil medføre

---

<sup>75</sup> Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) side 63.

<sup>76</sup> Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) side 63



urimelig kostnad eller tidspille. Videre vil selgerens tilsikringer av egenskaper være egnet til å lette kjøperens undersøkelsesplikt.

For salg av aksjer tar Sæbø utgangspunkt i at selgers opplysninger generelt befrir kjøper for undersøkelser:

*”Når selger gir kjøper en opplysning, ser en det gjerne slik at i den utstrekning den mottatte opplysningen gir konklusjonen på undersøkelser som kjøper ellers ville hatt oppfordring til å foreta, slipper kjøper å undersøke at det selger har opplyst er korrekt.”<sup>77</sup>*

Selgers ansvar for uriktige opplysninger omtales over i kapittel 4.

#### 6.4 Selger handlet grovt uaktsomt ved misligholdt opplysningsplikt?

Har selgeren automatisk handlet i strid med redelighet og god tro hvis han har misligholdt sin opplysningsplikt? Det vil i så fall innebære at selgeren har et objektivt mangelsansvar i de tilfellene han har misligholdt sin opplysningsplikt, også i de tilfellene hvor mangelen som har oppstått ville ha blitt oppdaget ved kjøpers undersøkelse.

Ut i fra forarbeidene skal uttrykket ”*redelighet og god tro*” i praksis forstås som selgers opplysningsplikt.<sup>78</sup> Dette innebærer dermed at kjøper kan fremme mangelskrav uansett egne forundersøkelser, selvfølgelig med unntak for de tilfeller hvor kjøperen visste eller måtte vite om det mangelfulle forholdet, jf første ledd.<sup>79</sup>

En problemstilling er imidlertid om selger kan opptre grovt aktløst på annen måte enn ved brutt opplysningsplikt. Vil for eksempel selgers uriktige opplysninger innebære at selger har opptrådt grovt aktløst eller i strid med redelighet og god tro? Om denne vurderingen er forarbeidene tause, men det må være klart at slike forhold også omfattes. I denne

---

<sup>77</sup> Sæbø side 389, med henvisning til Hultmark side 187

<sup>78</sup> Ot.prp nr. 80 (1986-1987) side 63

<sup>79</sup> Slik også Buskerud Christoffersen JV side 39.

vurderingen vil det kunne være rom for rimelighetsmomenter og andre reelle hensyn  
tilsvarende vurderingen Høyesterett foretok i Bodumavgjørelsen, se drøftelse i punkt 7.1.9.

## **7 Kjøpers undersøkelsesplikt ved virksomhetskjøp**

Problemstillingen i det følgende er å drøfte de spesielle forholdene som gjør seg gjeldende ved virksomhetskjøp og hvilke utslag det har for vurderingen av kjøpers aktsomhet. Det generelle kjøpsrettlige utgangspunktet er at partene har det primære ansvaret for å ivareta sine egne interesser. Det skal nå pekes på forhold som tilsier at dette utgangspunktet strekkes lengre ved selskapsoverdragelser, slik at streng aktsomhetsplikt legges til grunn.

For det første kan det pekes på det spesielle forholdet ved at kjøper betaler for en aksje, men har i realiteten kjøpt den underliggende delen av virksomheten. Aksjene sier ikke mye om virksomhetens underliggende verdier. Verdsettelsen av aksjene vil selvfølgelig gi et uttrykk for hvilke verdier markedet mener foretaket innehar. Det finnes imidlertid få typiske egenskaper ved et selskap, da virksomheter, som omtalt tidligere i punkt 2.8, er så ulikartede. Derfor vil det som utgangspunkt måtte stilles strenge krav til kjøpers undersøkelsesplikt ved at han har en sterk egeninteresse av at virksomheten har de kvalitetene han forventer og for å ivareta sine mangelsbeføyelser.<sup>80</sup>

For det andre vil det kunne være store verdier på spill når en virksomhet overdras. Ved større virksomhetsoverføringer tilsier hensynet til ansatte i virksomheten og andre samfunnsmessige verdier som inngår at kjøper bør være oppmerksom på at han har både økonomi og kompetanse til å overta ansvaret for driften.<sup>81</sup> Dette hensynet tilsier mer omfattende undersøkelsesplikt for kjøper i takt med at størrelsen på virksomheten øker. Større foretak med kompleks virksomhet innebærer også mer omfattende informasjon for kjøper å undersøke, både i mengde og i teknisk innhold. Høyesterett uttaler i Bodumdommen at en juridisk selskapsgjennomgang er det normale for virksomhetsoverdragelser av den typen. Kjøpesummen var der ca. 3 millioner, det var tette samarbeidsbånd mellom partene og ingen ansatte utover daglig leder. Ved større og mer

---

<sup>80</sup> Hultmark side 81.

<sup>81</sup> Buskredu Christoffersen TFF side 386

komplekse overdragelser vil derfor kravet til kjøpers aktsomhet stige, og rettstilstanden peker da mot en mer fullstendig due diligence som aktsomhetsstandard.

Et tredje moment for at kjøper har streng undersøkelsesplikt ved virksomhetsoverdragelser er at det er vanskelig for selger å vite hva kjøper har fått innsikt i gjennom sine undersøkelser. Ved for eksempel kjøp av en fast eiendom vil selger ofte være tilstede, og kan selv se hva kjøper oppdager ved sine undersøkelser. Han kan deretter tilpasse sine opplysninger ut i fra hva kjøper ikke har mulighet til å oppdage. Ved et selskapskjøp vil kjøper derimot kun få tilgang til opplysninger om selskapet, og vil som oftest tilegne seg innholdet selv eller i samarbeid med rådgivere. Selger vil sjelden ta del i denne prosessen, og kan vanskelig føre kontroll med hva kjøper oppdager. Selger skal heller ikke måtte finne ut av hvilken erfaring kjøper har med slike transaksjoner og i hvilken grad kjøper er i stand til å trekke ut det essensielle av overlevert selskapsinformasjon. Han må derfor stole på at kjøper påpeker forhold han ønsker mer informasjon om slik at hans forventninger blir mest mulig korrekte. Dette innebærer et aktivitetskrav for kjøper, hvor han må tydeliggjøre sine behov og avdekke sine mangelfulle områder.

Det kan spørres om det må gjøres unntak for de tilfeller hvor aksjekjøperen klart har mindre ekspertise enn selger. Dette er tvilsomt, da partene ved et selskapskjøp må forutsettes å være profesjonelle, se videre drøftelse i punkt 7.1.3.

For det fjerde vil en streng plikt for kjøper kunne være prosessøkonomisk. Hvis kjøper går nøye til verks i sine undersøkelser og skaffer seg best mulig oversikt over virksomheten unngår han overraskelser i etterkant av aksjeoverdragelsen. Det oppstår dermed mindre tvister hvis partene diskuterer pris før avtaleinngåelse i motsetning til etterfølgende rettssak.<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> Buskerud Christoffersen TFF side 386

## 7.1 Momentliste ved vurdering av kjøpers aktsomhet

Problemstillingen som skal drøftes i det følgende er når kjøper har opptrådt tilstrekkelig aktsomt etter undersøkelsesplikten i kjl § 20 første og annet ledd. Dette skal gjøres ved å innledningsvis peke på faktiske forhold som kan tillegges rettslig betydning ved kjøpers aktsomhetsterskel. Deretter skal mer helhetlige linjer forsøkes å trekkes opp.

### 7.1.1 Informasjon offentlig tilgjengelig?

Har informasjonen om påståtte mangelfulle forhold vært offentlig tilgjengelig? Svært ofte vil dette ikke være tilfelle, da som oftest kun en liten del av relevant informasjon om en virksomhet vil være offentlig tilgjengelig.

Informasjonens tilgjengelighet er et viktig moment, da dette gir god veiledning til å vurdere kjøpers aktsomme fremgangsmåte.<sup>83</sup> Offentlig tilgjengelig informasjon må alltid kunne regnes med til å høre inn under kjøpers undersøkelsesplikt. Eksempel på slik informasjon vil kunne være forespørsler til Brønnøysundregisteret, virksomhetens hjemmeside eller lignende. LB 2004-6523 omhandlet en selger hos en bilforhandler som kjøpte aksjemajoriteten til en konkurrerende bilforhandler, men senere gikk til sak med påstand om at kjøpet var ugyldig etter avtl § 33. Årsaken var den dårlige økonomien i selskapet som var kjøpsobjektet. Retten la stor vekt på at kjøperen ikke hadde undersøkt selskapets regnskapstall for samme år. I tillegg var det uforståelig at verken *”referater fra styrets møter dette år, eventuelt andre relevante forhold for selskapets løpende situasjon.”* Kjøpers manglende gjennomgang av denne tilgjengelige informasjonen var en *”åpenbar forsømmelse”*, og viser viktigheten av å undersøke det materialet som er gjort tilgjengelig.

Et annet spørsmål er om den offentlige tilgjengelige informasjonen er tilstrekkelig. Mats Sacklén tar til orde for at offentlige tilgjengelige tall og informasjon ofte ikke er tilstrekkelig til å gjøre seg opp en forsvarlig vurdering av virksomhetens innhold.<sup>84</sup> Det er ikke vanskelig å være enig med dette argumentet. Regnskap vil ofte kunne gi et litt for overfladisk bilde av et foretak til å basere seg helt og holdent på det. På tross av lovkrav til

---

<sup>83</sup> Se Buskerud Christoffersen i JV som understreker dette momentet flere steder, for eksempel side 39.

<sup>84</sup> Sacklén side 819

at regnskap i et AS skal utarbeides etter god regnskapsskikk, jf regnskapsloven § 1-2 nr.1 jf § 4-1 (med visse unntak i § 1-6 for små foretak) vil det ofte kunne være forhold i foretakets økonomi som ikke blir tilstrekkelig klargjort.<sup>85</sup> Hultmark presiserer at det bør skilles mellom ulike typer regnskap, slik at årsrapporten i stor grad bør kunne legges til grunn. Perioderapporter, løpende regnskap og budsjetter bør en imidlertid *"ta med en nypa salt"*.<sup>86</sup> Dette momentet tilsier at selger plikter til å legge frem eller informere om alle forhold som kjøper burde vite, da kjøper ikke vil ha mulighet til å skaffe seg denne informasjonen på egen hånd. På den annen side kan ikke kjøper forvente å få alt informasjon lagt i fanget, han må til en viss grad etterspørre. Viser han ingen interesse overhodet, kan han ikke regne med at selger tar ansvar for å fremlegge informasjon om alle vesentlige forhold. Til det kan kjøpers formål være alt for mangslungent.

#### 7.1.2 Vurderingsgrunnlagets tilgjengelighet generelt

Et moment er hvor vanskelig det er for kjøper å foreta nærmere undersøkelser. Hvis den aktuelle undersøkelsen enkelt lar seg gjennomføre og ikke er spesielt ressurskrevende vil kjøper kunne ha undersøkelsesplikt selv for forhold som selger har opplyst om.<sup>87</sup> Dette gjelder spesielt for forhold av stor betydning for kjøper. Forhold som selger har tilsikret faller likevel utenfor dette.

En annen side av tilgjengelighet, er hvor lett det er å trekke ut opplysningene fra materiell som selger har overgitt til kjøper. Kjøper kan sjelden eller aldri høres med at hans manglende regnskapsforståelse medfører at han skal beholde sine mangelsinnsigelser, når selskapets stilling fulgte av det oversendte regnskapet. Det kan spørres om dette gjelder også når selger er klar over kjøper manglende regnskapsforståelse. Selv om det er lojalitetsbetraktninger som ligger i bunnen av regelsettet, vil selger kunne stille visse krav til en kjøpers profesjonalitet.

---

<sup>85</sup> Lov om årsregnskap m.v. 17.06 nr. 56 1998

<sup>86</sup> Hultmark side 157.

<sup>87</sup> Sæbø side 390

Kjøper av virksomheter og aksjer kan vanskelig høres med at undersøkelser vil medføre urimelig kostnad eller tidsspille. Unntak kan selvfølgelig tenkes, særlig ved mindre verdier, spesielt lange avstander eller lignende.

### 7.1.3 Partenes profesjonalitet

Partenes profesjonalitet er et hensyn som går igjen i alle kontraktsforhold. I lovgivningen har dette særlig gitt utslag i egen forbrukerlovgivning som gir forbrukeren et ekstra vern mot den sterkere profesjonelle part. Ved virksomhetsoverdragelser er næringsutøvelse forutsatt, men det er allikevel en vurdering om for eksempel partene er jevnbyrdige. Derfor trekkes partenes profesjonalitet frem som et moment i en rekke avgjørelser om virksomhetsoverdragelser. Et eksempel er TOSLO 2001-11482, hvor saksøkte ble funnet å ha brutt sin opplysningsplikt ved salget av en aksjepost. Retten klandret saksøkte for en utydelig avtale og klanderverdig handlemåte, og angir at målestokken er en profesjonell investor, se avsnitt VI.6. Dommeren uttrykte forbauselse over at saksøkte Gjelsten med sin erfaring kunne utarbeide noe sånt. Kravet førte imidlertid ikke frem på grunn av kjøpers passivitet.

Et eksempel på det motsatte finnes i LB 1999-2118, hvor selgeren av en virksomhet ble frifunnet for kjøpers krav om prisavslag. Selgerens utarbeidelse av kontraktsformuleringer i eget hode og manglende engasjement av advokat ble ansett av retten til å ikke gi grunn til å tro *”at de ligger nøye omtanke bak alle de formuleringer som er brukt”*. Ordlyden ble derfor ikke tolket strengt.

I forlengelsen av dette trekkes også ofte frem i hvilken grad parten har fått bistand av spesialiserte rådgivere, eks advokater, revisorer etc. Ofte pekes det på i hvilken grad parten hadde innsikt i formuleringene som ble valgt, regnskapet som ble fremlagt eller tilsvarende transaksjoner generelt. Se for eksempel rettens innledende konstatering og senere gjentakelse av dette momentet i RG 2004-1090. Saken gjaldt kjøper av to næringseiendommers krav på erstatning på grunn av mangel. Kjøper hadde gjennomført en due diligence, og hadde ved avtalens ordlyd påtatt seg betydelig skjerpede plikter i forhold til bakgrunnsretten, blant annet en vidtgående undersøkelsesplikt. Tingretten uttalte at den

*”legger særlig vekt på at partene var profesjonelle, hadde juridisk hjelp ved kontraktsforhandlingene og ved inngåelsen av kontrakten.”*

Dette står i sterk motsetning til LB 1999-2118 gjengitt over, hvor nettopp selgers manglende rutine og unnlatelse av å engasjere advokat førte til at retten ikke tolket ordlyden strengt.

En del av partenes profesjonalitet er hvis de sitter på kjennskap til bransjen. Hvis kjøper har bransjekunnskap vil han bli bedømt som om han kjenner til alle særegne bransjeforhold. Vurderingen er da at kjøper har vel så god innsikt i forhold som er spesielt risikobetonte innenfor den konkrete bransjen, og burde derfor undersøke slike forhold. De bransjespesifikke forholdene går inn under hva kjøper burde vite. Slike betraktninger ble trukket frem i RG 2002-1. Kjøperen av 100 % av aksjene i et selskap som drev med fiskeopprett krevde erstatning for manglende fiskemengde. Mangelen i fiskemengde kunne i stor grad føres tilbake til ulikheter ved føring av fiskemengde inn i et datasystem som både kjøper og selger benyttet. Kjøper, som selv var store i bransjen, ble funnet å måtte være nærmest til å avklare misforståelser ved føring av varebeholdningen. Et annet eksempel er LB 1999-2118 omtalt overfor. Kjøperen var en tilsvarende bedrift, det vil si omtrant samme størrelse og i samme bransje. Lagmannsretten uttalte at kjøper måtte ha minst like god oversikt over den solgte virksomhetens fremtidige kostnader og risiko.

Det er fornuftig at partenes profesjonalitet, erfaring og forståelse ved avtaleinngåelsen legges til grunn som et moment i forhold til fordeling av risikoen mellom partene. Man skal imidlertid passe seg for en rettstilstand som ”premierer” den uerfarne, slik at den kommer seg ut av en forpliktende ordlyd. Jeg vil imidlertid ikke påstå at LB 1999-2118 kan tas til inntekt for dette synet, men jeg hevder like fullt at utgangspunktet klart nok er at aksjekjøp og -salg foretas av profesjonelle parter.



#### 7.1.4 Partenes tidsfrister

Ofte må kjøper gjennomgå komplekst materiale ved et selskapskjøp. Det oppstår da en problemstilling hvis kjøper har begrenset med tid til rådighet for undersøkelser. Hvis den knappe tiden skyldes kjøpers eget ønske om rask avklaring, for eksempel fordi han tror dette kan innebære en økonomisk fordel gjennom rask utførelse, vil risikoen for eventuelle mangelfulle undersøkelser klart nok bæres av kjøper. Ofte vil imidlertid selger kunne angi korte tidsfrister. Det må da kunne stilles krav til selgers lojale medvirkning for å få til en mest mulig hensiktsmessig og komplett gjennomgang, og gjelder særlig hvis selger kjenner til ankepunkter i informasjonen av stor viktighet.<sup>88</sup>

Man må dermed vurdere hvem som har pålagt stram tidsfrist, begrunnelsen for den korte fristen, og om noen av partene er nærmest til å bære risikoen for mangelfull gjennomføring i de tilfeller fristen fører til hastverksarbeid og uavklarte forhold.

#### 7.1.5 Innholdet i selgers oppfordring til kjøper

Hvor selger oppfordrer kjøper til undersøkelse, er vurderingstemaet etter § 20 annet ledd hva kjøper "burde" oppdage. Denne formuleringen må sees i sammenheng med hva selger har oppfordret kjøper til å undersøke. Spesielt må det legges vekt på om oppfordringen er helt generell, eller om selger peker på spesielle forhold som kjøper bør undersøke.

For eksempel vil selgers korte og generelle bemerkning om at kjøper bør foreta undersøkelser, innebære at kjøper er aktsom i det han går igjennom det materiellet som er stillet til disposisjon, uten store krav til dybde med mindre undersøkelsene avdekker forhold som bør granskes videre. Hvis selger stiller til disposisjon all informasjon kjøper ber om, vil kjøper måtte gjennomgå de typiske risikoaspektene ved en virksomhetsoverdragelse. Dette vil bl.a. dreie seg om å få bekreftet egenkapital og andre økonomiske størrelser, sikre hjemmelsforhold for selskapets eiendeler og gå igjennom kontrakts- og fordringsmassen.

---

<sup>88</sup> Buskerud Christoffersen TFF side 392.

Motsatt tilfelle vil kunne forekomme hvis selger kommer med konkrete oppfordringer om enkelte særskilte områder av virksomheten. I dette siste tilfellet plikter kjøper til å gjøre seg kjent med de konkrete forholdene det pekes på for å ha opptrådt varsomt. Hvis de forhold selger utpeker er av teknisk art, bør kjøper rådføre seg med ekspertise for å ivareta sine rettigheter.

#### 7.1.6 Relasjonen mellom partene

Forholdet mellom kontraktspartene vil kunne tillegges betydning. For eksempel vil nære samarbeidspartnere kunne ha en utvidet lojalitetsplikt overfor hverandre, mens en aktør i bransjen som kjøper opp en annen aktør i samme bransjen ikke vil kunne stille samme krav til lojal medvirkning fra selger. Det må derfor spørres om det er et element av samarbeid inne i bildet forut for overdragelsen eller er partene konkurrenter? Dette er imidlertid mer praktisk for rekkevidden av selgers opplysningsplikt, se omtale under punkt 0.

#### 7.1.7 Selgers og kjøpers posisjon

Hvis kjøper og selger har samme posisjon innenfor virksomheten som det avhendes aksjer i, vil terskelen for hva kjøper burde og måtte vite utvides betraktelig. For eksempel hvis begge parter er aksjonærer fra før, uten at noen har en større eller mer betydningsfull posisjon enn den andre.

Et eksempel på en slik tankegang er RG 2004-1090, hvor kjøper av to næringseiendommer reklamerte på grunn av mangler ved bygningen på den ene tomten. Retten påpekte at kjøper var leietaker, og hadde tidligere uttrykket bekymring for det som senere viste seg å være en svikt i fasadeløsningen.

#### 7.1.8 Kjøpers motiv for kjøpet

Hvordan virksomhetens eller aksjens verdipotensial utnyttes er i stor grad opp til kjøperen og dennes planer med kjøpet.<sup>89</sup> Dette er forhold som selger ofte vil ha liten forutsetning å

---

<sup>89</sup> Sæbø side 359

mene noe om. Det er dermed opp til kjøper å undersøke og skaffe informasjon i tilstrekkelig grad til å dekke sitt eget formål. Hvis for eksempel kjøper har planer om å slakte selskapet ved å selge ut selskapets aktiva enkeltvis kan det godt være at han foretar mindre fullstendige undersøkelser enn kjøperen som ønsker fortsatt drift i virksomheten. Hvis kjøper gjør formålet med handelen klart overfor selger, forplikter dette selger i større grad til å gi tilpassede opplysninger. I eksempelet over innebærer det at den kjøper som gir uttrykk for at foretaket skal slaktes, men så ombestemmer seg og vil beholde selskapet, ikke kan forvente at selger har gitt all nødvendig informasjon for å drive virksomheten. Kjøpers aktsomhet må tilpasses det formålet han uttrykker, og han må forvente at selger innretter seg etter det.

#### 7.1.9 Rimelighetsvurdering?

Ved drøftelse av hva kjøper måtte vite i Bodumdommen peker Høyesterett på at ”de konkrete omstendighetene i vår sak tilsier likevel at det ville vært urimelig å la kjøpers mangelsinnsigelse gå tapt under henvisning til unnlatte undersøkelser.” Denne ordlyden reiser en problemstilling hvorvidt det er plass til rimelighet ved vurderingen av kjøpers aktsomhet. I utgangspunktet må denne vurderingen være konkret, men allikevel slik at momentene som inngår følger av en underliggende objektiv norm. Ved en rimelighetsvurdering ser man ikke på kjøpers opptreden, men rimeligheten av et resultat. I Bodumdommen bekrefter Høyesterett gjennom den påfølgende drøftelsen at kjøper har opptrådt aktsomt. Det kan derfor spørres om begrepsbruken i dommen er uheldig. Etter min mening er det kun i liten grad plass til rimelighetsvurdering ved en vurdering av kjøpers aktsomhet.

#### 7.2 Når utløses kjøpers undersøkelsesplikt etter § 20 annet ledd?

§ 20 annet ledd kommer for det første til anvendelse når kjøper har undersøkt tingen. Ved aksjekjøp og virksomhetsoverdragelser vil kjøper ofte kunne ha lite kjennskap til kjøpsobjektet fra før. Det er da naturlig å foreta visse nærmere undersøkelser slik at de strengere kravene som stilles til kjøper i annet ledd utgjør aktsomhetsterskelen. Dessuten

oppstår det en problemstilling ved å skille mellom kjøpers verdivurdering og undersøkelse av en virksomhet.<sup>90</sup>

For det andre utløses undersøkelsesplikten av selgers oppfordring. Det kreves ingen bestemt oppfordring, for eksempel vil selgers oversendelse av regnskapene, dokumenter eller lignende være tilstrekkelig.<sup>91</sup>

For behandling av spørsmålet om selgers oppfordring må underforstås, dvs. at kjøper uten videre har en undersøkelsesplikt ved virksomhetskjøp, se punkt 7.2.1.

### 7.2.1 Er kjøpers undersøkelsesplikt etter § 20 annet, jf første ledd forutsatt ved selskapskjøp?

Det er slått fast at kjøpers er pålagt en undersøkelsesplikt etter kjl § 20 (1) annet alternativ slik at han mister sine mangelskrav for forhold han måtte vite om. Her spørres det om den trinnlavere plikten etter (2) utløses automatisk ved selskapskjøp, slik at undersøkelsesplikten strekker seg til hva kjøper burde vite. Det må trekkes inn i vurderingen at mye av bakgrunnen for at det ikke oppstilles noen ubetinget plikt, er at kjøpsloven også gjelder distansekjøp, som umuliggjør slike undersøkelser.<sup>92</sup>

Den rettslige problemstillingen er da hvorvidt anvendelsen av kjl § 20 annet ledd ved virksomhetsoverdragelser medfører at kjøpers undersøkelsesplikt utløses uten oppfordring fra selger eller egne undersøkelser. Dette innebærer at kjøpers aktsomhetsterskel er hva han burde oppdage, og velger han å ikke gjennomføre noen undersøkelser, vil han ikke kunne fremme mangelskrav for forhold han burde oppdaget.

Hensynet bak en slik eventuell regel er at kompleksiteten ved selskapsoverdragelser forplikter kjøper til en mer aktiv innsats i forhold til vanlige kjøp. Problemstillingen er omtalt foran i punkt 7.2.

---

<sup>90</sup> Hultmark side 175

<sup>91</sup> Hultmark side 174

<sup>92</sup> Hagstrøm Kjøpsrett side 179.

Egholm Hansen og Lundgren, Hultmark, Sacklén og Sæbø tar opp denne problemstillingen. Sæbø hevder at selgers oppfordring til kjøpers undersøkelser ”*ofte må underforstås ved kjøp av verdipapir*”.<sup>93</sup> Hultmark og Sacklén hevder at en slik plikt bør underforstås ved aksjekjøp.<sup>94</sup> Egholm Hansen og Lundgren peker på at det er sedvanlig i danske og internasjonale virksomhetskjøp å gjennomføre forutgående undersøkelser, men på grunn av vanskeligheten med å utlede innholdet i en slik plikt konkluderer de med at rettspraksis ikke entydig har nedlagt en slik plikt.<sup>95</sup> Det er dermed enighet i teorien om hva som er vanlig praksis i bransjen. Nørager-Nielsen og Theilgaard peker på at dansk praksis har utvist stor strenghet med at kjøper burde ha undersøkt salgsgjenstanden, selv om det ikke har foreligget en uttrykkelig oppfordring.<sup>96</sup>

Sæbø trekker frem som et selvstendig argument at større aksjeposter som ikke vil ha en fast markedspris regulært vil pålegge kjøperen undersøkelsesplikt.<sup>97</sup> Dette er fordi kjøperen selv må avdekke hvilke forventninger som kan oppstilles til aksjeposten og foreta en prisvurdering ut i fra hva han finner.

Om hva som er vanlig i bransjen uttaler Høyesterett i Bodumdommen at

*”Det er riktig nok så at det er vanlig ved denne type transaksjoner å gjennomføre « due diligence », eventuelt foreta en mer begrenset gjennomgang av selskapets økonomiske stilling.*

Vurderingen om kjøpers aktsomhet skjedde etter første ledd. Jeg vil allikevel hevde at denne rettsanvendelsen ikke kan tolkes antitetisk, slik at denne avgjørelsen ikke innvirker på tolkningen av annet ledd. Til det er Høyesteretts begrunnelse for knapp og lite systematisk.

Det kan dermed med sikkerhet slås fast at det er ”vanlig” at kjøper undersøker et selskap før et kjøp foretas, slik at det foreligger en normalstandard for dette handelsområdet. Etter forarbeidene er det tilstrekkelig at det foreligger en sedvane for at utgangspunktet om

---

<sup>93</sup> Sæbø side 389

<sup>94</sup> Hultmark side 174 og 246, Sacklén side 832

<sup>95</sup> Side 252-253

<sup>96</sup> Nørager-Nielsen og Theilgaard side 857-859

<sup>97</sup> Sæbø side 388

selgers oppfordring eller kjøpers eget initiativ fravikes.<sup>98</sup> Er det dermed tilstrekkelig å slå fast at det er normalt?

De vanlige vilkårene for å slå fast en sedvane er det foreligger en lang og fast praksis som er utøvet i den tro at det er gjeldende rett.

Det er nok dermed ikke korrekt å hevde at det foreligger en sedvane for at kjøpers undersøkelsesplikt må underforstås. I praksis vil regelen likevel kunne bli anvendt på denne måten. Selv om ikke en sedvane foreligger, er det god støtte for en slik praktisering i både teori og praksis. Terskelen for når kjøper har oppfordret selger vil kunne bli kunstig lav, og må sies å inntre relativt tidlig i kontakten mellom partene. Da kjøper i mange tilfeller vil måtte foreta visse minimumsundersøkelser, er man automatisk innenfor annet ledd slik at kjøper må ha risikoen for hva han burde oppdage ved en undersøkelse.

Om å tolke seg frem til en uoppfordret undersøkelsesplikt skjer ved å hevde at terskelen for når selger har oppfordret er lav eller at terskelen for når kjøper har undersøkt virksomheten er lav vil ha samme materielle innhold. Trolig vil en slik tolkning heller ikke være nødvendig. Denne plikten dekker forhold som kjøper "burde vite". Hva kjøper burde vite er nokså vidt begrep, og tolket opp mot avtalepraksis medfører en nokså omfattende plikt.

I og med at spørsmålet ikke er helt avklart, kan det her kun pekes på utviklingstendenser. En slik regel har imidlertid mye for seg ved foretakssalg, hvor det forventes større grad av aktsomhet. Det blir dermed spennende å se om det vil skje en rettslig avklaring av denne problemstillingen.

---

<sup>98</sup> Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) side 63.

### 7.3 Innholdet i den faktiske undersøkelsesplikten etter kjl § 20 første og annet ledd - selskapsgjennomgang?

Da kjøper med få unntak vil bli nødt til å undersøke et selskap før et kjøp for å ivareta sine rettigheter, vil de være av stor interesse for han å vite hva slags undersøkelse som gir uttrykk for aktsomhetsnormen. Innholdet i undersøkelsene skal forsøkes å klarlegges i det videre.

Det første spørsmålet er om det kreves at kjøper foretar en due diligence-undersøkelse. Begrepet "due diligence" er upresist, se punkt 7.3.1 under. Kjernen er en form for selskapsgjennomgang, men omfang og dybde vil variere ut i fra avtalens størrelse og andre forhold. Det sentrale er at det skjer en systematisk gjennomgang av hele eller deler av selskapet som skal kjøpes. Slik uttrykket brukes til vanlig, peker det på en forholdsvis nøyaktig og omfangsrik undersøkelse.

Selskapskjøp og virksomhetsoverdragelser er imidlertid så varierende at det er vanskelig å hevde at det foreligger et krav om en viss type undersøkelse. Noen momenter kan allikevel nevnes.

I Bodumavgjørelsen uttaler Høyesterett, som gjengitt over, at en slik gjennomgang er vanlig ved "*denne type transaksjoner*". Det ble da siktet til en virksomhet med daglig drift og omsetning, hvor den økonomiske situasjonen vil variere fra dag til dag. Etter Høyesteretts mening vil det dermed kunne bli aktuelt at kjøper må pålegges en mer eller mindre helhetlig selskapsgjennomgang før han har opptrådt tilstrekkelig aktsomt. Kjøpesummen i Bodumdommen var ca. 3,6 mill kr, slik at dette momentet vil i enda større grad være aktuelle ved større virksomhetsoverdragelser.

#### 7.3.1 Virkning av at det gjennomføres eller forbeholdes rett til due diligence

En tilgrensende problemstilling er hvorvidt det har noen rettslig konsekvens at partene avtaler at kjøper kan eller skal gjennomføre en due diligence. Det spørres da særlig hvorvidt kjøper kan skade sin egen sak ved å kreve en due diligence før en forestående transaksjon. Ved å skade en sak menes kun kjøpers mulighet til å fremme en mangelsinnsigelse etter overtakelse. Det er helt på det rene at en selskapsgjennomgang,

uavhengig av etterfølgende mangelsinnsigelser, vil kunne være verdifull i forhold til vurderingen om kjøpet i det hele tatt skal foretas.

Hensynet bak en slik vurdering er at en due diligence forplikter til en omfattende undersøkelse, slik at kjøpers mangelsinnsigelser skades hvis undersøkelsen ikke gjennomføres med tilstrekkelig grundighet.<sup>99</sup> Forhold som kjøper burde ha kjennskap til utvise da betraktelig. En strikt ordlydsanvendelse av kjøpsloven kan da medføre at den kjøper som av ulike årsaker unngår å undersøke kjøpsobjektet, sitter igjen med flere mangelsinnsigelser i behold enn en kjøper som har foretatt en selskapsgjennomgang.

Egholm Hansen og Lundgren henviser til dansk høyesterettspraksis og fremhever at en del avgjørelser som trekker i denne retning.<sup>100</sup> Momentene er da at man hever listen for hva som burde vært oppdaget markant. Praksisen er imidlertid delt, slik at noen helt entydig rettstilling foreligger ikke.

Lignende momenter har også blitt fremhevet i norske underrettsavgjørelser. Et eksempel er Oslo tingretts avgjørelse inntatt i RG 2004-1090, hvor en kjøper av to næringseiendommer krevde erstatning av selger på grunn av mangler. I kontrakten var det inntatt en klausul som slo fast at kjøper har gjennomført en due diligence på eiendommen, og at han derfor var avskåret fra å reise krav overfor selger etter avhendingslovens alminnelige bestemmelser, med mindre selger bevisst hadde tilbakeholdt vesentlige opplysninger. Retten fremholdt her at *”Slik retten ser det skjerper due dilligence vilkåret kjøperens undersøkelsesplikt.”* Et annet eksempel er fra Sunnfjord herredsrett inntatt i RG2000-586. Kjøperen hadde inntatt i kjøpekontrakten en rett til å foreta en fullstendig selskapsgjennomgang. Retten fant at dette innebar en skjerpet undersøkelsesplikt for kjøperen og at *”selgerens risiko for riktigheten av egne opplysninger dempes”*, se side 605.

---

<sup>99</sup> Egholm Hansen og Lundgren, side 249

<sup>100</sup> Egholm Hansen og Lundgren side 249-250



Om dette skriver Hultmark med henvisning til markedspraksis i Almänna reklamationsnämnden, at den kjøperen som gjør en summarisk eller slurvete undersøkelse er dårligere stilt enn den som helt unnlater å undersøke det som skal kjøpes.<sup>101</sup>

De begrensede tilgjengelige rettskildefaktorene peker dermed på at hvis en kjøper forbeholder seg retten til å gjennomføre due diligence, må disse gjennomføres hvis han skal ivareta sin undersøkelsesplikt og beholde sin rett til å fremme mangelskrav. Kjøper forpliktes til et visst omfang og en viss nøyaktighet under undersøkelsene. Man skader altså ikke sin egen sak ved en selskapsgjennomgang, men et forbehold om slik gjennomgang må følges opp av en reell gjennomgang.<sup>102</sup> En dårlig gjennomført selskapsgjennomgang som ikke avdekker og tar tak i eventuelle forhold ved kjøpsobjektet som er risikable, vil dermed gå ut over kjøpers rettigheter.

Det kan spørres om avgjørelsene gjengitt over legger for mye i begrepet ”due diligence”. Begrepet har ikke et fast innhold. En rettstilstand som legger egen vekt på bruk av dette begrepet får dermed preg av at terminologi og ikke de konkrete forhold er utslagsgivende, slik at en ikke nødvendigvis gjennomtenkt begrepsbruk får store konsekvenser. Rettstilstanden er imidlertid i første rekke basert på underrettsavgjørelser med den begrensede vekten det fører med seg, slik at ingen konsekvenser av denne begrepsbruken har blitt slått fast av en mer autorativ kilde.

I forlengelsen av denne problemstillingen, må det pekes på at hvis kjøper velger å ikke foreta en due diligence – selv om han er oppfordret til det eller oppfordringen forutsettes - må selger i større grad være oppmerksom på sin plikt til å gi utfyllende opplysninger som vil være vesentlige for kjøpers beslutning om kjøp og vilkårene for dette.<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> Hultmark side 175

<sup>102</sup> Buskerud Christoffersen TFF side 405

<sup>103</sup> Egholm Hansen og Lundgren side 254 med henvisning til UfR 2004-1784 H.

Motsatt, hvis selger nekter kjøper å gjennomføre en helhetlig selskapsgjennomgang kan det spørres om dette er fordelaktig for kjøper. I et slikt tilfelle vil han kun få selgers opplysninger å stole på.

I UfR 1994-698 H lot Høyesteret kjøper bære all risikoen for at selgeren hadde nektet kjøper å foreta en due diligence. Selger hadde oversendt regnskapet til kjøper, men nektet ytterligere undersøkelser fra kjøper. Retten fant at regnskapet ga grunn til uro, og selv om kjøper ble nektet nærmere undersøkelser, bar han risikoen alene.

Denne avgjørelsen er et moment mot at kjøper har noen fordel av selgers nektelse. Egholm Hansen og Lundgren kritiserer avgjørelsen for å gi en veldig skjev fordeling av risiko mellom partene.<sup>104</sup> Det er ikke vanskelig å si seg enig i denne kritikken.

Det følger direkte av ordlyden i kjl § 20 at kjøper kun mister mangelsinnsigelser han burde eller måtte kjenne til. Hvor han nektes undersøkelser, er altså utgangspunktet at han beholder alle sine mangelsinnsigelser. Problemstillingen er imidlertid ikke veldig praktisk.

#### 7.4 Kjøpers manglende undersøkelse av forhold som han innså eller burde innsett utgjorde en risiko

Som fremhevet i avgjørelsene over er det mest skadelige for aksjekjøpers mangelskrav uklarheter som blir liggende og ikke fulgt opp. Dette ble sterkt fremhevet i Rt.2002-1425 Bukkeboddommen. Høyesterett fastslo der at kjøpers undersøkelsesplikt ikke var oppfylt, dvs. kjøperne mistet sine mangelsinnsigelser, ved å ikke undersøke nærmere forhold som fulgte av utformet salgsdokumentasjon, og som ga grunn til bekymring. Selv om selger vanligvis svarer for medhjelpere på sin side, overtok kjøper her ansvaret for riktigheten av rapporten ved å unnlate å etterkomme oppfordringen om å undersøke nærmere.

Et lignende forhold forelå i RG-2004-1090, hvor kjøper ble ansett å ha kjennskap til forhold som burde ledet til nærmere undersøkelse før kontraktssignering. Senere mangelsinnsigelse førte da ikke frem.

---

<sup>104</sup> Egholm Hansen og Lundgren side 253

I LB 2004-6523 om kjøpers overtakelse av aksjemajoriteten i et bilforhandlerselskap, vant ikke kjøper frem med sin mangelsinnsigelse basert på at økonomien i selskapet var svakere enn forventet. Lagmannsretten fremhevet at

*”Særlig på bakgrunn av at han var gjort kjent med at selskapets økonomi var dårlig, er hans manglende oppfølging kritikkverdig.”*

Kjøper må derfor være veldig aktsom overfor forhold som kan utgjøre et risikomoment, slik at han søker å avdekke situasjonen i størst mulig grad.

### 7.5 Avsluttende bemerkninger om § 20

Det kan spørres hvorvidt det er fornuftig at kjl § 20 første og annet ledd etter gjeldende rett inneholder to aktsomhetsterskler. På den ene siden er § 20 nå samlet sett godt egnet til å vurdere kjøpers aktsomhet før kontraktsinngåelse, da første og annet ledd dekker mange praktiske kjøpssituasjoner. På den annen side vil første ledd komme til anvendelse uavhengig av kjøpers kunnskap, slik at han kan miste sitt krav selv om det er på det rene at han manglet kunnskap om det mangelfulle forholdet. Han må dermed søke å undersøke de mest grunnleggende forhold ved kjøpstingen, noe som i realiteten medfører en faktisk undersøkelsesplikt. Samlet sett er dermed regelen mer i tråd med de hensyn som gjør seg gjeldende ved virksomhetsoverdragelser, nemlig en oppfordring til aktivitet fra kjøpers side på grunn av kjøpstingens kompleksitet. Etter min mening er denne strengere fortolkningen og anvendelsen av kjøpsloven en god regel for selskapskjøp, da denne typen transaksjoner bør forplikte kjøper til større forutgående innsats enn for vanlige kjøp. Jeg mener at kjøpstingens kompleksitet og de store verdiene som det ofte dreier seg om krever større aktsomhet, allikevel ikke slik at selger kan ta lett på sin rolle i gjennomføringen av kjøpet.

Bevisbyrden hviler på den som har risikoen for varen, og denne blir overført ved levering av varen, jf. kjl § 13 første ledd. Det er dermed kjøperen som må bevise at salgsavtalen er misligholdt.

## 8 Kjøpers undersøkelsesplikt og selgers opplysningsplikt ved virksomhetsoverdragelser sammenholdt

### 8.1 Utgangspunkt for forholdet mellom partenes plikter

Det følger av en tolkning av ordlyden i kjl § 20 annet ledd at misligholdt opplysningsplikt slår i gjennom overfor misligholdt undersøkelsesplikt. Opplysningsplikten er misligholdt når informasjon om vesentlige forhold er fortiet, og kjøperen kjente til eller burde ha kjent til disse. Det løser imidlertid ikke problemstillingen hvorvidt et forhold som påstås å være mangelfullt skal omfattes av selgers opplysningsplikt eller kjøpers undersøkelsesplikt. Det spørres da hvorvidt det er kjøpers undersøkelsesplikt eller selgers opplysningsplikt som må slå igjennom. Det er denne problemstillingen som skal drøftes i det videre.

Utgangspunktet for vurderingen er om det kan pekes på hvem av partene som er ansvarlige for å skaffe til veie den aktuelle informasjon i forkant av avtaleinngåelse.<sup>105</sup>

Vurderingen er konkret, og avtaleteksten og *”partenes forutsetninger og andre forhold rundt kjøpet”* er relevant, jf Bodumdommen<sup>106</sup>.

Uansett hvor detaljert partenes plikter lar seg utlede, er det imidlertid rom for domstolenes skjønn.<sup>107</sup> Helt presist går det dermed ikke an å fastslå rettstilstanden. Problemstillingen er dermed å peke på de særegne forholdene ved et foretakskjøp som peker på hvor grensen mellom partenes plikter kan trekkes og hvor disse skiller seg fra vanlige løsørekjøp.

Høyesterett slo fast utgangspunktet i Bodumdommen:

*”Et langt stykke på vei må partene bære risikoen for egne forutsetninger, også hvor manglene er klare nok for motparten.”*<sup>108</sup> Dette er en viss videreformulering i forhold til det sedvanelige kjøpsrettslige utgangspunktet, som uttrykkes som *”Hver av*

---

<sup>105</sup> Buskerud Christoffersen JV side 39.

<sup>106</sup> Side 1118

<sup>107</sup> Sacklén side 841

<sup>108</sup> Side 1118

*kontraktpartene har risikoen for egne forventninger og forutsetninger”<sup>109</sup>. Den førstnevnte uttalelsen kan tyde på at det legges en relativt streng fortolkning av partenes kontraktsplikter til grunn ved virksomhetskjøp.*

Momentene for å vurdere partenes aktsomhet er gjengitt i kapitlene foran. Her skal ansvaret for konkrete mangelssituasjoner drøftes, da generelle typetilfeller vil kunne gi en god pekepinn på grensen mellom partenes plikter i praktiske mangelssituasjoner.

## 8.2 Praktiske eksempler på mangler ved et selskap og partenes ansvar for dem

I det følgende skal praktiske mangler ved selskapskjøp drøftes, herunder om det kan trekkes ut noen tendenser av praksis vedrørende kontraktpartenes ansvar og risiko for manglene. Eksempelene er overhodet ikke uttømmende, men kun generaliseringer for å peke ut de overordnede linjene. Formålet er å peke på omstendigheter som tilsier hvorvidt partene burde ha informasjon om mangelen i de typetilfellene som drøftes.

### 8.2.1 Fysiske mangler ved enkeltobjekter i virksomheten

En slik situasjon kan oppstå hvis det viser seg at virksomhetens fremste aktiva er en tomt eller en bygning som i realiteten lider av betydelig arealsvikt i forhold til hva som følger av prospektet. Problemstillingen er da hvorvidt mangler ved enkeltobjekter er tilstrekkelig vesentlige til å gi uttrykk for en mangel ved virksomheten, og dermed reguleres av kjøpsloven.

Av den gjennomgåtte, nyere praksisen om selskapskjøp, er det to saker som behandler denne problemstillingen.

I RG 2000-586 hevdet kjøper at det forelå en mangel ved kjøpsobjektet, d.v.s. 85 % av aksjene i et fiskeoppdrettsselskap. Den påståtte mangelen besto av en manko i fiskemengden. Fiskemengden er en såpass vesentlig del av en slik virksomhet at det var ikke tvilsomt at en manko ville representere en mangel etter kjøpsloven. I denne saken ble

---

<sup>109</sup> Hagstrøm side 141

resultatet at kjøper ikke hadde rett til prisavslag, da selger hadde overtatt risikoen for kjøpers opplysninger gjennom en betydelig utvidet undersøkelsesplikt. Denne avgjørelsen må sies å fravike utgangspunktet, da selger normalt hefte for sine opplysninger om fysiske egenskaper ved selskapets aktiva, og selgers opplysninger *”er egnet til å frita kjøperen for å kontrollere de forhold som selgerens opplysninger gjelder.”*<sup>110</sup>

I RG 2001-1 fant lagmannsretten at kjøpers skuffede forventninger til fiskemengden ved overdragelse av alle aksjene i et oppdrettsselskap, ikke var beskyttet etter avtalen eller kjøpsloven. Mangelen hadde oppstått på grunn av en misforståelse mellom partene ved beregning av fiskemengden, noe kjøper var nærmest til å avklare. Selger hadde altså opplyst korrekt og tilstrekkelig.

### 8.2.2 Manglende ved foretakets formelle forhold

Hvis foretaket ikke oppfyller offentligrettslige krav til å drive den virksomheten som selger har forutsatt, vil dette kunne være av stor betydning for kjøper. Det kan for eksempel oppstå problemstillinger hvorvidt virksomhetens ansettelsesforhold oppfyller arbeidslovgivningen eller hvorvidt finansinstitusjonen har konsesjon for sin drift. En litt annen side av spørsmålet problematiseres av Hultmark, som nevner som eksempel at selskapets omsetning i hovedsak stammer fra ulovlig kartellvirksomhet. Hvis kartellet sprekker og omsetningen synker, kan kjøperen rette krav mot selger?<sup>111</sup>

I forhold til kjøpsloven er spørsmålet om slike forhold ved foretaket må anses som forutsatt og en del av kjerneegenskapene etter kjl § 17. Det vil i så fall innebære at selger uttrykkelig må ta forbehold hvis virksomheten ikke har de nødvendige formelle forholdene i orden. Etter Bodumdommen, hvor det kan stilles krav til kjerneegenskaper etter § 17, kan mye tyde på at slike krav må innfortolkes. Dette gjelder særskilt hvor virksomhetens økonomiske drift er det sentrale ved de underliggende verdiene i kjøpsobjektet, og hvor driften hindres eller bremses av manglende oppfyllelse av offentligrettslige krav. Slike

---

<sup>110</sup> RG 2000-586 side 604

<sup>111</sup> Hultmark side 166

formelle forhold er mer konkrete forhold enn de økonomiske forholdene som innfortolkes som en egenskap i Bodumavgjørelsen.

Fra rettspraksis oppstår en slik problemstilling i LB 2003-11419. Saksøker hadde i denne saken kjøpt to virksomheter som drev restaurantdrift, og krevde prisavslag og erstatning i forbindelse med en udekket fordring og tap i forbindelse med kommunens trussel om inndragning av skjenkebevilling. Kjøpsavtalen hadde inntatt garantiklausuler om at selskapet hadde nødvendige offentlige tillatelser og rettigheter og at det ikke forelå hindringer, påbud eller pålegg som begrenser fortsatt drift. Som omtalt over vil disse egenskapene måtte være forutsatt slik at de kan forventes som kjerneegenskaper etter kjl § 17. Restauranten hadde imidlertid hele tiden beholdt bevillingen. Tapet var derfor basert på at trusselen om skjenkebevillingen skulle trekkes tilbake i seg selv var en mangel etter både kjl § 17 og avtalens garantibestemmelser, og at publisering av denne trusselen i lokalavisen påførte tap gjennom omsetningssvikt. Lagmannsretten fant imidlertid at den nødvendige årsakssammenheng mellom trusselen og tapet manglet, da kjøper beholdt bevillingen. Det er imidlertid ikke tvil ut i fra premissene at slike egenskaper kan omfattes av kjl § 17, naturlig nok da denne viser til partenes avtale.

### 8.2.3 Sviktende økonomi i den underliggende virksomheten

Dette er den mest praktiske problemstillingen, og oppstår når virksomhetens økonomiske situasjon er mer negativ enn hva kjøper hadde forventet. En slik situasjon kan oppstå hvis det viser seg at selskapet har et betydelig udekket skattekrav, en ikke-søkegod fordring som ikke er tapsført, at egenkapitalen i realiteten er tapt eller lignende, uten at dette har kommet frem gjennom kjøpers undersøkelser eller selgers opplysninger. Denne problemstillingen er veldig praktisk ved aksjetransaksjoner, da kjøper vanskelig vil ha full oversikt over alle forhold ved virksomheten han overtar. Bodumdommen, som omtalt over, avgjorde en slik problemstilling, hvor kjøper overtok virksomheten Kjøkkenpartneren AS gjennom kjøp av en rekke mindre aksjeposter. Etter overdragelsen med kjøpesum 3,6 mill kr hadde funnet sted, viste det seg at selskapet hadde et underskudd på ca 1,3 mill kr, at det var et betydelig akkumulert underskudd, samt at aksjekapitalen var tapt.

En annen sak er LB 2004-61989, hvor kjøper av 2/3 av et selskap ikke fikk medhold i at selgerne hadde garantert mot avvik fra regnskapet. Partenes avtale ble tolket opp mot kjøpslovens § 17 og § 18, men selgerne heftet ikke for avviket fra regnskapet, slik at den svake økonomiske stillingen ikke utgjorde noen kjøpsrettslig mangel. I LB 2003-11419 var hovedspørsmålet om kjøper av alle aksjene i to selskaper hadde krav på prisavslag på grunn av at en fordring det ene selskapet hadde ikke var reell, slik at dette var en mangel. Retten fant at kjøper var kjent med materiell, nærmere bestemt regnskapsmateriale, som slo fast at fordringen var usikker, slik at selger ble frifunnet.

I LB 1999-2118 fant retten at selskapets manglende økonomiske styrke i forhold til kjøpers forventninger var forhold som kjøper hadde mottatt nødvendig informasjon om til å kunne bedømme selv.

I alle de overnevnte sakene har den påståtte mangelen vært forhold som selger er nærmest til å avklare. Kjøper har imidlertid i liten grad nådd frem, da han i de fleste tilfellene har vært i besittelse av informasjon som kunne avdekke forholdene. Retten har da lagt utgangspunktet til grunn, at partene er nærmest til å bære risikoen for sine egne forventninger. Slike saker omhandler kjernen av mangelsbeføyelsene ved virksomhetsoverdragelser, nemlig kjøpers krav på grunn av selskapets svake økonomi. Allikevel ser man at dette er forhold kjøper i atskillig grad har måttet bære risikoen for selv. Av dette kan vi trekke at det materiellet, de personene og de ressursene som stilles til disposisjon, må benyttes med stor nøyaktighet og grundighet før kjøper har opptrådt tilstrekkelig aktsomt.

#### 8.2.4 Manglende inntjening og omsetning

Denne kategorien må atskilles fra den overnevnte ved at i denne problemstillingen er det virksomhetens inntjeningsevne ved overdragelsestidspunktet som omtales, ikke den økonomiske soliditet.



Som utgangspunkt hevder Krüger at faktiske tall selgeruttaler seg nøkternt om, ikke innebærer en garanti for at kjøper kan oppnå det samme.<sup>112</sup>

Egholm Hansen og Lundgren fremholder at det i rett- og voldgiftspraksis har vært sparsomt med vellykkede mangelskrav på grunn av manglende inntjening eller omsetning i forhold til det kjøper mener å ha blitt forespeilet.<sup>113</sup> Krüger peker på den samme tendensen ut i fra tidligere rettspraksis med Rt.1959-581 som et mulig vendepunkt.<sup>114</sup> Av den senere praksisen som nevnes i litteraturen og som jeg har undersøkt er det imidlertid ikke mange slike søksmål som har ført frem. En årsak til manglende gjennomslag av slike krav er at de først vil materialisere seg etter en tids drift. Det kan da i ettertid være vanskelig å bevise at eventuelle tap stammer fra mangler ved den overdratte virksomheten og ikke ens egen uheldige drift og disposisjoner, og det er da problematisk å peke på konkrete tapsposter. Saksanlegg på generelt dårlig inntjening finnes det dermed få eksempler av, men noen eksempler skal omtales i det følgende.

Et eksempel finnes i LB 1999-2118. Kjøper av 100 % av aksjene i en reklamevirksomhet krevde prisavslag for det han mente var bl.a. sviktende resultat. Selger hadde ut i fra avtalens ordlyd garantert for riktigheten av regnskapet og godt god for en verdsettelsesrapport med avkastningsberegning. Retten fant at på grunn av kjøpers omfattende undersøkelser, med full oversikt over virksomhetens sentrale driftsmidler og markedet generelt, medførte at han hadde en innsikt som fratok selger ansvar for riktigheten av verdsettelsesrapporten. Saken viser at utgangspunktet om selgers edruelege omgang med tall over fremtidig avkastning ikke pålegger ansvar for kjøpers oppnåelse av dette.

På motsatt side av skalaen finnes RG 1989.1096. Kjøper hadde betalt 300.000,- for et skomakerverksted. Avgjørende for prisen var selgernes opplysninger om at de hadde hatt en årlig omsetning på ikke under kr. 400.000,- og en nettofortjeneste på ikke under kr. 200.000,-. Kjøperen ble tilkjent prisavslag på 60.000, da omsetningen de to påfølgende årene lå under det halve.

---

<sup>112</sup> Krüger side 609

<sup>113</sup> Egholm Hansen og Lundgren side 238-239

<sup>114</sup> Krüger side 609

## 9 Oppsummering - særegne poeng for virksomhetskjøp

- Kjøpslovens mangelsregler er meget anvendelig på aksjekjøp og selskapsoverdragelser. Bodumdommen slår for det første fast at det reelle avtaleobjektet i en virksomhetsoverdragelse, de underliggende verdiene, vil legges til grunn når man foretar en mangelsbedømmelse etter kjøpslovens regler, i motsetning til at aksjene legges til grunn i mangelsvurderingen. Selger har dermed ansvar for selskapets underliggende verdier, ikke kun i forhold til aksjene som sådan. For det andre skal mangelsbedømmelsen ha et objektivt utgangspunkt, slik at en normalforventing kan legges til grunn med mindre annet er særskilt avtalt. Høyesterett har med disse to punktene revitalisert kjøpsloven som et levende og nyttig verktøy for å avklare problemstillinger ved foretakskjøp. Dette er etter min mening en fordel. Kjøpsloven utgjør nå et konkret regelsett med utviklede tolkningsmomenter etter lang praksis, og man unngår i stor grad å henvise til de litt vagere alminnelige kontraktsrettslige prinsippene.
- En kjøper kan miste retten til å gjøre gjeldende mangelsinnsigelser selv om det er på det rene at han ikke visst om de relevante forholdene. Dette følger av at § 20 første ledd etter den nyeste rettspraksisen oppstiller en undersøkelsesplikt som dekker de forhold kjøper måtte kjenne til. Videre må den trinnlavere undersøkelsesplikten etter § 20 (2) må i større grad enn for vanlig løsørekjøp forutsettes oppfordret, dvs. kjøper har en uforbeholden undersøkelsesplikt etter kjl § 20 annet ledd. Dette medfører at utgangspunktet for kjøperens aktsomhet ofte vil være at forhold kjøper burde oppdaget, ikke kan gjøres gjeldende som en mangelsinnsigelse. For virksomhetskjøp vil dette kunne være en god regel, da det særskilte kjøpsobjektet må medføre særskilte aktsomhetskrav.

Denne rettstilstanden følger i stor grad av avtalepraksis med utstrakt bruk av selskapsgjennomgang. Den betydning slike gjennomganger er pålagt i rettspraksis har ført til at kravene til kjøpers undersøkelser har økt i intensitet, som innebærer at

flere forhold bør bli avdekket ved en undersøkelse enn hva som følger av alminnelig kjøpsrett. Kjøper bør, hvis mulig, gi uttrykk for sitt formål med kjøpet og tilpasse sine undersøkelser etter dette, da dette medfører at han opptrer aktsomt. Videre vil ha tatt vare på sine mangelsbeføyelser etter kjøpsloven hvis han kommuniserer overfor selger de punktene som er uklare og de som er spesielt viktige for han.

- Selgers opplysningsplikt vil i forlengelsen av dette avhenge av hvilken tilnærming kjøper har til undersøkelsene. Hvis kjøper på grunn av tidsnød, vanskelig adgang eller lignende ikke gjennomfører en selskapsgjennomgang blir selgers plikt større, men ikke like mye som kjøpers risiko øker. Selger overtar dermed ikke all den risikoen kjøper ikke avdekker.
- Det hviler en plikt på selger til å lojalt fremlegge dokumentasjon. En særegenhet er imidlertid at selger i liten grad må fremheve eller peke ut enkeltmomenter ved foretaket. Kjøper må anses som en profesjonell næringsutøver, og til en viss grad forutsettes regnskapskyndig. Mangel på erfaring vil sjelden medføre mildere aktsomhetskrav overfor kjøper. Et resultat av dette er at selger i stor grad har oppfylt sin opplysningsplikt ved å fremlegge dokumentasjon og henvise til sine rådgivere. Det kan muligens tenkes unntak fra dette utgangspunktet hvis kjøper er mindre ressurssterk enn selger, slik at selger i større grad må informere om forhold han innser at kjøper ikke skaffer seg oversikt over.
- Mangelsvurderingen ved selskapskjøp har, med mindre det er tatt et "som det er"-forbehold, utgangspunkt i den objektive regelen i kjl § 17. For at utgangspunktet skal tas i kjl § 19, må det dermed kreves en uttrykkelig "som den er"-klausul, se punkt 2.5. Dette innebærer at man kan forutsette visse grunnleggende kjerneegenskaper hvor et selskap kjøpes uten at selger tar spesifikke forbehold. Slike grunnleggende egenskaper vil kunne være en sunn økonomisk stilling og

lignende. Forskjellen i utgangspunkt vil i tillegg materialisere seg i en lavere terskel for mangelsvurderingen etter § 17 annet ledd kontra § 19 første ledd litra b.

## **10 Kilder**

### **Lovregister**

Lov om børsvirksomhet m.m 17.11. Nr. 80 2000

Lov om årsregnskap m.v. 17.06. Nr. 56 1998

Lov om aksjeselskaper 13.06. Nr. 44 1997

Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. 13.06. Nr. 43 1997

Lov om avhending av fast eidegom 03.06. Nr. 93 1992

Lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere 16.06. Nr. 63 1989

Lov om kjøp 13.05. Nr. 27. 1988

Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer. 31.05. Nr. 4. 1918.

### **Forarbeider**

Ot.prp nr. 80 (1986-1987) A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp

Ot.prp nr. 66 (1990-1991) Om lov om avhending av fast eidegom

NU 1984:5 Kjøpslov – Fellesnordiske forarbeider

NOU 1976:34 Lov om kjøp

## **Domsregister**

Rt. 2005-257

Rt. 2002-1425

Rt. 2001-1110

Rt. 2001-696

Rt. 1999-408

Rt. 1995-1460

Rt. 1959-581

Rt. 1936-529

Rt. 1934-740

Rt. 1926-962

NRt. 1919-494

RG 2004-1090

RG 2002-1

RG 2000-586

RG 1989-1096

LB 2004-61989

LB 2004-6523

LB 2003-11419

LB 1999-2118

TOSLO 2001-11482

UfR 2004-1784 H

UfR 2001-1293

### Litteraturliste

Arnholm	Carl Jacob Arnholm. <i>Lærebok i avtalerett</i> 1978
Arnholm II	Carl Jacob Arnholm. <i>Privatrett II</i> 1964
Bergem/Rognlien	John Egil Bergem og Stein Rognlien, <i>Kjøpsloven – Kommentaarutgave</i> 2. utg. 1995
Bergo	Knut Bergo. <i>Børs- og verdipapirrett</i> 2. utg. 2004
Buskerud Christoffersen TFF	Margrethe Buskerud Christoffersen. <i>Kjøpers undersøkelsesplikt ved overdragelse av virksomhet</i> , Tidsskrift for forretningsjus 2004 side 373
Buskerud Christoffersen JV	Margrethe Buskerud Christoffersen. <i>Virksomhetsoverdragelser - noen kjøpsrettslige spørsmål i lys av Rt. 2002 s. 1110 (Bodum-dommen)</i> , Jussens Venner side 19
Eckhoff/Helgesen	Torstein Eckhoff. <i>Rettskildelære</i> , 5 utgave ved Jan E. Helgesen
Egholm Hansen og Lundgren	Johannus Egholm Hansen og Christian Lundgren. <i>Køb og salg af virksomheder</i> , 3. utg. 2005

Eriksrud	Sven Eriksrud. <i>Kontraktsrettslige spørsmål ved overdragelse av virksomhet</i> , TFF 1996
Hagstrøm	Viggo Hagstrøm. <i>Obligasjonsretten</i> , 1. opplag 2003, 3.opplag 2005
Hagstrøm – Kjøpsrett	Viggo Hagstrøm. <i>Kjøpsrett</i> 2005
Hagstrøm TFF	Viggo Hagstrøm. <i>Due Diligence ved virksomhetsoverdragelser</i> , Tidsskrift for forretningsjus 1999 side 391
Hagstrøm LoR	Viggo Hagstrøm. <i>Urimelige avtalevilkår</i> , Lov og Rett , 1994 side131
Hultmark	Christina Hultmark. <i>Kontraktsbrott vid köp av aktie</i> , 1992
Karnell	Gunnar Karnell. <i>Om värdefel vid överlåtelse av rörelsesdrivande aktiebolag</i> , Festskrift till Knut Rodhe (1976) s 271 flg.
Krüger	Kai Krüger. <i>Norsk Kjøpsrett</i> , 4 reviderte utgave 1999
Martinussen	Roald Martinussen. <i>Kjøpsrett</i> 5. utgave 2004
Mikalsen/Mestad	Geir Mikalsen og Ola Mestad. <i>Mangelsspørsmål ved foretakskjøp: Avtaleutforming og bakgrunnsrett</i> . I:



”Næringslivsjuss – Aktuelle problemstillinger, BÅHR, 1991”

Norsk Lovkommentar

Gyldendal Rettsdata

Nørager-Nielsen/Theilgaard

Jacob Nørager-Nielsen og Søren Theilgaard, *Købeloven med kommentarer*, 2. udgave 1993

Sacklén

Mats Sacklén. *Om felansvaret vid aktieköp*, Svensk Juristtidning, nr. 10/1993 side 812

Simonsen, Lasse

Lasse Simonsen, *Prekontraktuellet ansvar*, 1997

Sæbø

Rune Sæbø. *Innsidehandel med verdipapir*, 1995